

## ***LIBERTAD Y DERECHO***

---

*Francisco Carpintero*

No constituye un exceso de originalidad criticar hoy el individualismo contemporáneo ni aludir a la crisis a que tal mentalidad ha llevado a la convivencia actual. No falta incluso quien entiende que la crisis del Estado se debe precisamente a lo contrario, al exceso de actividad solidaria, propia del Estado de bienestar. Yo pienso sobre este tema que estamos en una situación tan especialmente ecléctica que más que tal, debiera ser calificada de contradictoria. Las contradicciones son buenas con frecuencia, porque el ser humano las necesita; pero resultan distorsionantes de la vida nuestra cuando no responden a la realidad contradictoria.

Las reacciones de cada cual cuando oye hablar de libertad y derecho son ciertamente distintas. Quizá aquello en lo que la mayoría piensa cuando se plantea este tema es en los modos como el derecho (entendido como legislación política) debe respetar el arbitrio de las personas o los derechos humanos. Por este camino la relación entre libertad y derecho es fundamentalmente negativa, y se reduce a la búsqueda de aquellos cauces a través de los cuales debe quedar asegurada la libertad individual frente a la posible prepotencia del Estado. Es lógico que la noción de libertad más apreciada sea la que se ha dado en llamar "libertad negativa", y el nombre de sir Isaiah Berlin es suficientemente evocador a este respecto. Normalmente este tipo de consideraciones se concreta en teorías acerca de la naturaleza del Estado, de los derechos humanos, etc., teorías en las que se pretende derivar desde la

naturaleza que cada cual atribuye a lo público, los límites de la actuación estatal. No sería exagerado decir que buena parte de las teorías políticas contemporáneas son fundamentalmente teorías acerca de los límites del poder estatal. La obra clásica de Wilhelm von Humboldt, *Ideas para un ensayo que determine los límites de la actuación del Estado*<sup>1</sup> expresa ejemplarmente esta mentalidad.

Temo que estamos ante una herencia muy compleja, que no somos capaces de asumir. Aunque existen muchas declaraciones de derechos sociales o culturales, hoy domina todavía la idea, sentida y explicitada, a tenor de la cual el fundamento primero de toda convivencia política y de cualquier orden jurídico posible no puede ser otro que las *libertades* del individuo. Si antes aludía a Berlin a propósito de la libertad negativa, ahora, al hablar de libertades, es preciso mencionar a Nino o Hoerster. Así, el principio sistemático de toda ciencia jurídica sería la libertad individual, que constituiría tanto el fundamento inicial del razonamiento jurídico como su meta final. Aludiré a esta posibilidad, a saber, si es posible la ciencia del derecho tomando como principio supremo o único a la "persona", en el sentido hegeliano del término<sup>2</sup>.

Quiero precisar quiénes serán fundamentalmente los interlocutores con los que discutiré. Hay una línea de pensamiento que discurre, con altibajos, desde el siglo XVII hasta nuestros días: la tradición liberal en que cristaliza buena parte de la Escuela del 'derecho natural' moderno y que constituye el modo de pensar más extendido actualmente. Dentro de esta escuela concedo atención especial a los discípulos de Kant, porque ellos fueron los que mejor perfilaron y depuraron las tesis contenidas en la dinámica propia de este movimiento; ello sin perjuicio de que aluda a ideas que están en el ambiente, como en el aire, y que son difíciles de

1. *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*. Fue publicada póstumamente, Breslau 1851.

2. Sobre la noción de "persona" en este contexto, vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la "persona jurídica"*, en AFD IV (1987), págs. 477-522.

atribuir a un autor concreto y conocido. Dejo, por tanto, de lado a otras corrientes filosóficas y éticas que discurren por los siglos XIX y XX. Y si aludo a autores de los siglos XVIII y XIX es porque ellos son los padres de la criatura: prefiero entenderme con los fundadores que no con epígonos.

## A. LA TRADICIÓN HEREDADA: UN CAMINO APORÉTICO

### 1. *La Ilustración y su concepto de libertad*

En su "Ensayo sobre Ilustración, libertad e igualdad"<sup>3</sup>, Johann Chr. G. Schaumann nos informa de que "es un hecho que una gran parte de los hombres se han sacudido lo que ellos entienden como las ataduras que provienen del sentimiento, de la costumbre, de la autoridad de la Antigüedad, y se mueven a la luz de la Ilustración; es un hecho –prosigue Schaumann– que una no pequeña parte de los hombres desea prescindir de los vínculos de las leyes positivas, de la autoridad, para vivir bajo la antorcha de la Ilustración, según leyes naturales que ellos se hayan dado a sí mismos"<sup>4</sup>. Según un autor al que Schaumann cita, pero cuyo nombre no proporciona, la Ilustración no es otra cosa que el esfuerzo del espíritu por someter todas las ideas, todas las opiniones y, en general, todo aquello que tiene influjo sobre la Humanidad, bajo los principios de una doctrina jurídica racional<sup>5</sup>.

3. *Versuch über Aufklärung, Freyheit und Gleichheit*. Halle 1793.

4. "Es ist ein Thatsache, dass ein sehr grosser Theil der Menschen sich von dem -von ihnen sogenannten- Hängelbände des Gefühls, der Gewohnheit, der Auctorität des Althertums losgemacht hat, um bey der Lichte der Aufklärung seinen Weg sich wandeln; es ist Thatsache, dass ein nicht kleinerer Theil der Menschen, sich seinen bisherigen, an dem Bande positiver Gesetze ihn leitende, Führern zu entziehen, um zu den Fahnen der Aufklärung, und nach selbstgegebenen, natürlichen Gesetzen zu leben". Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 14.

5. "Aufklärung, sagt er, "ist nicht anders, als die Bemühung des menschliches Geistes, alle Gegenstände der Ideenwelt, alle menschliche Meynungen

Schaumann nos sitúa ante una tesis bien conocida para cualquier estudioso de la historia del pensamiento jurídico, a saber, el carácter revolucionario que adoptó la modernidad en el derecho, con el consiguiente rechazo de la *iurisprudencia* anterior al siglo XVII. En el lugar de esta Jurisprudencia repudiada, los ilustrados situaron una nueva Ciencia Jurídica que habría de fundamentarse en la libertad e igualdad de los individuos: "Existen dos ideas actualmente –escribe Schaumann– que han hecho que la Ilustración política se convierta en un objeto de interés y atención generales, es decir, la libertad y la igualdad. Que todos los hombres son originariamente iguales, no son hechos únicamente enseñados en los tratados de Derecho Natural, sino que un pueblo grande y excelente los ha hecho la base de su Constitución"<sup>6</sup>.

La igualdad y la libertad que proclamaron los ilustrados como la base y fundamento de toda la ciencia jurídica no son dos realidades distintas o complementarias: constituyen una única realidad, la igual libertad de todos los hombres. El acento carga pues sobre la libertad del individuo. Sólo muy tardíamente Johann Paul Anselm Feuerbach pretendió hacer de la igualdad la noción dominante<sup>7</sup>. Pero el suyo fue un intento que quedó sin continuación.

Los modernos concibieron a la libertad como el *hecho* (normativo) consistente en que ningún hombre depende "naturalmente" de otro, o está sometido a la voluntad de otro hombre. Dado que

und ihre Resultate, und alles, was auf Menschheit Einfluss hat, nach Principien einer reinen Vernunftlehre zu Beförderung des Nützlichen ins Licht zu setzen". Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 18.

6. "Es sind zur Zeit vornehmlich zwey Ideen, welche die politische Aufklärung zu einem Gegenstände der allgemeinen Aufmerksamkeit, und des allgemeinen Interesse gemacht hat–Freyheit und Gleichheit (*liberté et égalité*). Dass ein jeder Mensch ursprünglich frey, dass alle Menschen ursprünglich gleich sind, wird nicht mehr allein in die Systemen des Naturrechtes gelehrt und bewiesen; sondern ein grosses, vorzügliches Volk hat Freyheit und Gleichheit zur Basis seiner Verfassung gemacht". Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 31

7. En su obra temprana *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt 1798, hace alusiones esporádicas sobre esta tesis.

ningún sujeto mantiene "naturalmente" (esto es, en el estado de naturaleza) una relación con otro sujeto, todos ellos son igualmente independientes los unos de los otros. La comprobación de la independencia mutua –de la que se sigue la igualdad– vuelve ociosa la demostración de este postulado. Si alguien pretende hacerse obedecer por otro ha de alegar un privilegio (*privilegium o Vorrecht*), y una vez que ha sido postulada la igualdad "natural" de los hombres, tal pretensión cae por su base.

En consecuencia, el estado moral natural del hombre, explica E.C. Wieland, consiste en una completa independencia de la voluntad de otros hombres, ya que la libertad consiste en la independencia de las voluntades de otros<sup>8</sup>. De este modo, la libertad es una realidad que nace del individuo y termina en el mismo individuo: la libertad afirmada por el iusnaturalismo moderno no exige ni implica ninguna referencia a algo que esté situado fuera del sujeto. En este sentido, Schaumann nos explica que el hombre ha recibido de la naturaleza aquellas facultades que posibilitan la libertad, es decir: a) una facultad de querer (*ein Willensvermögen*); b) una facultad de obrar y, c) su facultad de querer permanece en una relación de causalidad con su facultad de obrar, de modo que le es posible considerar a sus decisiones como la causa de sus conductas<sup>9</sup>. En la voluntad y por medio de la voluntad le es dada al hombre la libertad; mediante ella, el yo propio del hombre se convierte en un Yo autónomo (de modo que le es posible la

8. "Was aber den natürlichen moralischen Zustand des Menschen betrifft: so schliesst derselbe eine vollkommne Unabhängigkeit von dem Willen anderer Menschen ein... Den die Freiheit besteht in die Unabhängigkeit von dem Willen anderer Menschen". Cfr. *Versuch über die natürliche Gleichheit der Menschen*, Leipzig, 1782, parágrafo 17.

9. "Der Mensch hat von der Natur die Vermögen empfangen, welche zur Möglichkeit der Freyheit erforderlich sind. Er hat 1) ein Willensvermögen, sich für oder wider etwas zu bestimmen (sich zu entschliessen); 2) ein Handlungsvermögen; 3) sein Willensvermögen steht im Causalverhältniss mit seinem Handlungsvermögen, d.h. es ist ihm möglich, seine Entschlüsse zu Ursachen von Thaten zu erheben". Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 62.

decisión) y, a través de ella, puede orientar sus fuerzas intelectuales y corporales hacia su sentido. A través de la voluntad el hombre llega a ser él mismo, su propio señor y dueño, y en la voluntad nos es dada la facultad de disponer de todo lo que está en nosotros y junto a nosotros. La voluntad es el Paraíso del hombre, el carácter propio y peculiar de la Humanidad<sup>10</sup>.

Estas declaraciones podrían quedar incompletas si el mismo Schaumann (en quien me limito a ejemplificar el movimiento que llega a su máxima expresión con los discípulos de Kant) no explicara que la libertad o voluntad consiste en hacer lo que el sujeto quiere, esto es, en el uso del arbitrio. Efectivamente, siempre cabría la posibilidad de pensar que la voluntad es una potencia por la que el hombre puede decidirse o no decidirse, pero la decisión debe estar encaminada necesariamente al cumplimiento de la ley moral, como parece indicar Kant; es decir, se trataría –podríamos pensar– de la posibilidad permanente de hacer o no hacer "el bien", de modo que el bien a realizar apareciera como una realidad externa a la voluntad misma del sujeto. Pero esto no es así en la filosofía moral dominante en la Edad Moderna: la voluntad a que aluden

10. "In dem Willen und durch den Willen ist also dem Menschen Freyheit gegeben. Vermittelst derselben wird das eigentliche Ich des Menschen zum selbsthätigen Ich (wird es dem Menschen möglich, sich zu bestimmen) und vermögend, die (geistigen und körperlichen) Kräfte nach seinem Sinne zu richten. Durch den Willen wird dem Mensch *Er selbst*, sein eigener Herr, und in dem Willen ist ihm das Vermögen, selbst zu disponieren. Der Wille ist des Menschen Himmelreich, der Menschheit eigenthümlicher Character". Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 63. Estas ideas no son en modo alguno originales de Schaumann. La superioridad del arbitrio, llamado "voluntad", sobre cualquier otra potencia humana es una idea extendida y difusa a lo largo de la segunda mitad del siglo XVI, que encontró en sede jurídica la quizá su primera y mejor exposición en la obra del jesuita Lessius. Este ambiente intelectual hizo posible que Descartes escribiera con toda naturalidad que "sólo la voluntad o la libertad de albedrío la siento en mí tan grande, que no concibo idea de otra más amplia y extensa: de suerte que es ella principalmente la que me hace saber que estoy hecho a imagen y semejanza de Dios". Cfr. *Meditaciones metafísicas*, trad. de M. García Morente, Espasa-Calpe, México 1982, pág. 152.

estos autores no está determinada a perseguir ningún bien fuera de ella misma; ella, es decir, la misma imposibilidad de su determinación heterónoma, es para sí misma su propio bien. Por esta razón Schaumann explica que "la libertad es la facultad de hacer lo que se quiere. También aquel estado (*Zustand*) que está determinado por la libertad, es decir, el estado en el que el hombre tiene la facultad de hacer lo que quiere, es llamado libertad"<sup>11</sup>.

## 2. El derecho como condición de la "persona"

Tenemos, pues, una explicación de la realidad moral y jurídica a tenor de la cual el Derecho consistiría en una proyección, en el mundo externo, de la libertad o arbitrio –ambos términos, *Freiheit* y *Willkühr* fueron usados indistintamente– que posee cada *persona*. En un primer momento, que en los tratados de "Derecho natural" recibe el nombre de "Derecho natural absoluto", el derecho o *ius* sólo puede consistir en libertad de cada individuo, una libertad que como explica Pufendorf, debe ser entendida *ad analogiam spatii*<sup>12</sup>, es decir, como un círculo en torno a cualquier sujeto, que opera a modo de coto privado de su arbitrariedad. La manifestación primaria y fundamental del Derecho es, por tanto, una "cualidad moral de libertad"<sup>13</sup>, algo así como un derecho subjetivo de libertad en general, que más tarde fue designada como *Freiheit überhaupt*. En la segunda parte de estos tratados de "Derecho natural", que ya posee menor pureza *metafísica*, se

11. "Freyheit ist das Vermögen, zu thun, was man will. Auch durch Freyheit bestimmte Zustand, d.h. der Zustand in welchem man das Vermögen hat, zu thun, was man will, wird Freyheit genannt". Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 82.

12. "Sic v.g. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae". Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*. Ed. de Francofurti et Lipsiae, 1759, Libro I, cap.I, parágrafo 11, pág. 11 de esta edición.

13. Vid. *ibidem* y L.I, cap.I, parágrafo XVI, pág. 16.

estudia el "Derecho natural hipotético", que es llamado así porque sus autores parten desde la hipótesis del hombre coexistiendo con otros hombres; en este punto el Derecho aparece más bien como una coordinación de las libertades individuales que tiende a que cada individuo conserve la "esfera de libertad" (*Freiheitssphäre*) más amplia posible. Cada hombre o *persona* es una esfera de libertad *ad analogiam spatii* cuyo deber y derecho primordial es mantener a los demás lejos de él. Ya no se diferencia entre deber y derecho: parece estar diluída la idea de que el único deber posible es la defensa del propio derecho.

En consecuencia, según estos iusnaturalistas, el Derecho –considerado "naturalmente", como decían Pufendorf o Wolf, o *metafísicamente*, como explicaban Kant y sus discípulos– sólo surge y se fundamenta en las "personas". Pufendorf es consciente de que está introduciendo una noción de persona que es nueva en la historia. Hasta entonces, explica este mismo autor, el término "persona" hacía referencia al *munus publicum* más o menos estereotipado que cada uno ejerce en la vida: comprador, marido, padre, ciudadano, etc. Pufendorf propone una noción nueva de "persona": es aquel ser que no reconoce superior porque no está sometido a ninguna ley<sup>14</sup>, de forma que la misma noción de "ley natural", si por ella entendemos una realidad normativa que se nos impone a modo de Derecho, es contradictoria consigo misma<sup>15</sup>. El

14. Niega la noción entonces usual de persona en el L.I, cap.I, parágrafo XVI. En el L.I, cap.I, parágrafo XIX escribe que "respiciunt illae vel Personas vel res, et utraque vel proprias vel alienas. Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum). Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda, aut tanquam vis seipsum invitum ad quid adstringendi... sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore provenientis".

15. En *op. cit.*, L.I, cap.VI, parágrafo III, pág. 89 de esta ed. escribe "denique iuris vocabulum uti cum lege saepe idem significat, ubi cum primis pro complexu legum ponitur; ita cavendum, ne pro lege id accipiamus, quando hoc vel illud lege divina faciendi ius esse dicitur, putemus, idem lege divina

hombre, considerado naturalmente, sólo posee derechos, *iura*, que únicamente pueden ser manifestaciones de la libertad inmotivada.

Cosa distinta es la Moral. Explica Pufendorf que después de Hobbes, el Derecho o *ius* sólo puede ser entendido como libertad personal. Pero la Moral es preferentemente constrictiva de la libertad individual, incluso desde el punto de vista del uso normal del idioma. Es lógico que Derecho y Moral se disocien. Esta disociación se observa ejemplarmente un siglo más tarde en Kant, que en su *Sittenlehre* otorga a la Moral una naturaleza preferentemente heterónoma<sup>16</sup> y en cambio, en la *Rechtslehre* sigue los carriles expuestos al referirme al Derecho natural moderno<sup>17</sup>. Al ser el Derecho una cualidad *personal*, una expansión de mi voluntad en torno a mi persona, el estudioso del Derecho natural o de la Metafísica del Derecho sólo debe tener en cuenta la voluntad o arbitrio del individuo, y deben serles indiferentes las realidades externas o extrañas a esta voluntad así entendida.

Una vez que se hubieron perfilado aun más los conceptos (aunque en realidad Pufendorf explicó todo este tema con bastante precisión), el iusnaturalismo tardío entendió que el Derecho no es algo que se produzca desde la realidad externa al sujeto. No es una cualidad de las acciones, explicaba Schaumann, sino que es una cualidad del sujeto, de la "persona". Esta cualidad de la Persona recibe el nombre de "habilitación" (*Berechtigung*), y puesto que la

*praeceptum... inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interdicuntur, ex illa lege eadem agendi ius esse dicatur, igitur in hoc quidem significatu ius ad libertatem pertinet: lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur*". La misma tesis la reitera más extensamente en el L.II, cap. II, pág. 156 de esta edición.

16. Vid., por ejemplo, mi estudio "Las canas de Kant", que aparecerá en el número del *Anuario de Filosofía del Derecho* correspondiente a 1994.

17. Richard Saage observa que Kant evitó cuidadosamente en su *Rechtslehre* el término "heteronomía" para referirse al Derecho: "Die sorgfältig und sicherlich bewusste Vermeidung der Termini Heteronomie und heteronom in der Rechtslehre...". Cfr. *Besitzindividualistischen Perpektiven der politischen Theorie Kants*, en *Neue Politische Literatur*, 2 (1972) pág. 182.

persona está habilitada para actuar, sin más motivos, el Derecho (*ius*) es una "posibilidad moral de actuación"<sup>18</sup>.

El adjetivo "moral" añadido a la expresión "posibilidad de actuación" puede inducir a confusión si no tenemos en cuenta el contexto doctrinal en que escriben los autores de esta época. Pufendorf, a fin de recalcar que el *ius* consiste exclusivamente en una prerrogativa de cada hombre de usar inmotivadamente su voluntad, había acuñado definitivamente la expresión "cualidad moral" (*qualitas moralis*) para referirse a la *facultas* o *libertas* en que se manifiesta el Derecho. Así diferenciaba la posibilidad *moral* de la simple capacidad física a que Hobbes parecía haber dejado reducido el derecho. Posibilidad o capacidad moral era, pues, el derecho de cada cual a usar libremente de su voluntad, sin más límites que los marcados en el "Derecho natural hipotético", a saber, no molestar la esfera de libertad de los otros hombres. En modo alguno puede entenderse la cualidad moral a que ellos aluden como los autores del siglo XIX entendieron el derecho subjetivo, es decir, como una capacidad de actuar apoyada o reconocida expresamente por una ley preexistente. Ley y derecho eran antitéticos desde Hobbes y Pufendorf, porque la ley siempre constriñe la libertad, y el Derecho *es* libertad. Pero era preciso añadirle a la facultad el adjetivo "moral" para diferenciarlo de la simple prepotencia física. Por esta razón los últimos iusnaturalistas, kantianos, usan el verbo *dürfen* para describir el Derecho: un derecho concreto es un *ich darf*, es decir, un "a mí me está permitido" o "a mí me es lícito" de acuerdo con el Derecho. Pero

18. "Der im Sittengesetz liegende Grund der moralischen Möglichkeit einer Handlung heisst Berechtigung: und die Folge dieser Berechtigung für die Person, ein Recht (*ius*), oder die moralische Möglichkeit, nach Naturtrieben zu handeln. *Anmerkung* 1: Fast alle Philosophen und Juristen, welche die Erörterung des Begriffes des Rechts (im naturrechtlichen Sinne) beschäftigt hat, haben das Object des Begriffes von einem Rechte in den Beschaffenheit der Handlungen gesucht, und nicht, wie doch nothwendig ist, in eine Beschaffenheit (*facultas*) des handelnden Subjects (der Person)". Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht*, Halle 1792, parágrafo 140.

esta permisión o licitud no se refiere en modo alguno a una coincidencia con una ley objetiva preexistente que otorgara "derecho" a actuar así. Sucedió en realidad que se planteó un delicado problema terminológico: "yo puedo", en alemán, se dice: *ich kann*, pero el verbo "können" designa el poder meramente físico, como cuando se dice "yo puedo levantar un saco de 50 kilos", y hubiera sido inexacto dejar reducido al Derecho a un poder físico, de modo que el poder del que pudiera efectivamente imponer su opción fuera el criterio último de la justicia. Por este motivo, los iusnaturalistas usaron el verbo *dürfen* ("me es lícito"), pero en un contexto confuso, porque no existe ninguna ley jurídica superior al individuo concreto que otorgue ese *ich darf* en que consiste el Derecho. Solamente J.A. Brückner explicó, ya muy tardíamente, que el Derecho consiste en una *lex permissiva* general que habilita para obrar, de modo que todo derecho es originariamente una facultad, libertad o habilitación<sup>19</sup>.

La Jurisprudencia anterior había tenido a la vista, en el momento de calcular la juridicidad o antijuridicidad de un acto, las consecuencias personales y sociales de ese acto. Esas consecuencias quedaban fijadas y previstas de una forma más o menos rígida en la noción de "persona" concreta en la que se subsumiera tal acto. Pufendorf rechazó la noción de *persona* existente, y únicamente permaneció la posibilidad de hacer inmotivadamente, según la propia voluntad. Theodor Schmalz, uno de los kantianos más lúcidos, escribía sobre este punto que "nosotros entendemos por libertad aquella potencia o facultad nuestra que es independiente de lo que es exterior a nosotros, y que nos permite a nosotros mismos ser la primera causa operativa de nuestros actos... Éstos tienen su valor o su falta de valor en sí mismos, sin necesidad de apreciar sus consecuencias; por esto, tales actos son buenos o malos en sí, y nuestro juicio sobre su moralidad no depende para nada de lo que

19. Vid. *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*, Leipzig 1810, párrafos 145-155.

ellos operan (*sie wirken*), que nos indica la experiencia... Pues la moralidad es aquella propiedad de los comportamientos libres, de modo que éstos pueden ser juzgados como buenos o malos en sí mismos, sin prestar en absoluto ninguna atención a sus consecuencias"<sup>20</sup>. Karl Christian Kohlschütter explicitaba algo más el trasfondo emocional de esta tesis cuando escribía que todos nosotros somos perfectamente conscientes de que existe una posibilidad o forma de actuar (*Handlungsweise*) que en sí y por sí (*an und für sich*) es buena y jurídica para nosotros, sin que tengamos que prestar en absoluto ninguna atención a las consecuencias que surjan o se originen de tal comportamiento; a tal acto no le podemos negar nuestra aprobación y aplauso (*Beifall*), es más, nuestro respeto y admiración (*Verehrung und Bewunderung*), aun cuando con él produzcamos las consecuencias más dañosas incluso para el propio sujeto que actúa<sup>21</sup>. Este no-consecuencialismo moral impregna toda la Modernidad jurídica desde que Pufendorf creó el nuevo concepto de persona, que Kant llamó "persona jurídica" o *juristische Person*<sup>22</sup>.

20. "Denn was verstehen wir anders unter Freyheit, als das Vermögen unabhängig von allem ausser uns, die erste Ursache unserer Handlungen zu seyn... Haben wir ihre Werthe oder Unwerthe in sich selbst ohne Rücksicht auf ihre Folgen. Sie sind an sich gute oder böse, und unser Urtheil, was sie sind, hängt gar nicht als von der Erfahrung dessen, was sie wirken... Denn Moralität ist gerade jene Eigenschaft des freyen Handlungen, dass sie an sich ohne alle Rücksicht auf ihre Folgen als gut oder böse beurtheilt werden können". Cfr. *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur- und natürliche Staatsrecht*, Königsberg 1798, pág. 2.

21. "Denn wir sind ja alle bewusst, dass es eine Handlungsweise für uns gebe, welche an und für sich, ohne alle Rücksicht auf die Folgen, welche aus ihr entstehen, gut und recht ist; denn wir unser Beifall, ja unsere Verehrung und Bewunderung nicht versagen können, wenn auch die schädlichsten Wirkungen für den Handelnde aus ihre entstehen sollen". Cfr. *Vorlesungen über der Begriff der Rechtswissenschaft*, Leipzig 1798, pág. 28.

22. Vid mi estudio *La independencia y autonomía del individuo...*, cit., págs. 498 y ss.

### 3. *Una primera crítica*

Considerar que el bien supremo del hombre consiste en la ausencia de cualquier heteronomía, y que la libertad así entendida ha de ser el fundamento de todo orden jurídico legítimo posible, condujo a una consideración del ser humano que lo contemplaba como un individuo aislado, independiente frente a todos los demás y por ello, "autónomo". ¿Es posible hacer justicia desde este único presupuesto? Me parece que no exagero si afirmo que no estamos estrictamente ante un problema de ideologías concurrentes, sino más bien ante el viejo tema de si un planteamiento así es viable o no. Fue operativo históricamente en un plano preferentemente político-público porque la insistencia en la libertad individual tuvo la virtualidad de acabar con las desigualdades jurídicas propias del Antiguo Régimen. Los socialismos pretendieron además acabar con las desigualdades económicas. Bien, ya pasó la Revolución Francesa, y también han desaparecido las ilusiones socialistas. ¿Qué queda ahora, o para qué sirve actualmente?

Parece que lo que permanece aun hoy es un punto de partida inestable para la Ciencia jurídica, que logra mantenerse en buena medida sobre ficciones. Ciertamente, hay bastante de verdad en el respeto a las esferas de libertad de los individuos independientes: esta situación se produce cuando de algún modo nos relacionamos con personas con las que no nos une ningún vínculo propiamente jurídico. Tal cosa sucede cuando andamos por la calle: nos cruzamos con muchas personas que no conocemos, y a las que debemos respetar. Aquí sí se aplica casi literalmente la "abstención" (*Enthaltung*) de que hablaban los kantianos como el criterio máximo de la justicia. Algo parecido sucede con esa rama tan interesante del Derecho que constituye el Derecho Penal: las normas de esta rama jurídica contemplan derechos de las personas, de los hombres, y vive la justicia quien no roba, quien no insulta, quien no falsifica, etc. Es característico del Derecho Penal, como en general de casi todos los derechos fundamentados directamente

en la personalidad, su carácter negativo: la justicia consiste en no entrometerse en lo que el otro ya es o ya tiene. En un plano más general, la abstención, traducida como "no molestar" (quizá el undécimo mandamiento del Decálogo), es un bien que siempre reclamamos todos.

Pero la vida humana se dilata mucho más profunda y anchamente que los límites que marcan las normas del Derecho penal y estas otras situaciones a que aludo. Hasta aquí, la igual libertad con su exigencia de respeto es casi suficiente; pero en el resto de la vida humana, no. El problema está en que somos herederos de la Modernidad, y por este hecho los hombres de finales del siglo XX no tenemos otras palancas para llevar adelante nuestro razonamiento práctico que el tópico de la igual libertad. Seguimos empeñados todavía hoy en considerar que todo posible derecho que corresponde a un hombre es una "condición de la personalidad", y esto plantea muchos problemas. Ciertamente, todo derecho o deber es una dimensión humana, porque los animales no pueden poseer derechos o deberes en el sentido estricto de estas palabras. Se podría decir que la humanidad es el título último de los derechos. Pero en la Jurisprudencia, fuera de los casos del Derecho Penal normalmente, la "humanidad" se supone necesariamente pero es escasamente operativa: supuesto ese título último fundamentante, es necesario tener en cuenta la *causa* por la que existe o no debe existir un derecho, o se incurre en un abuso de ese derecho, o hasta donde alcanza ese derecho, etc. Yo no puedo decir que la Universidad de Cádiz debe pagarme mi sueldo "porque soy un ser humano" igual a los demás: deberé alegar causas jurídicas más concretas. Es decir: de un lado tenemos las exigencias reales de la vida jurídica cotidiana; y de otro una explicación muy abstracta desde la que no llegamos a explicar cómo se desarrolla o debe desarrollarse esa vida jurídica.

La Modernidad habló de la libertad e igualdad de los seres humanos, datos normativos en los que resumió lo que esa época entendió como el núcleo de la dignidad del hombre. Los autores de

los siglos XVII y XVIII hablaron de "derecho natural" y de "naturaleza humana" para hacer posible esa igualdad y libertad. El tema se ha complicado un poco hoy porque hablar de la naturaleza humana parece un dato metafísico u ontológico poco acorde con los tiempos filosóficos que corren. Y, además, la expresión "derecho natural", con la carga emocional y teológica que conlleva el término Naturaleza (¿por qué es normativo "lo natural"?), tampoco se adecúa a la filosofía moral más en boga. Esto motiva que ambas expresiones –naturaleza del hombre y derecho natural– estén hoy desprestigiadas, y en su lugar se utiliza otra terminología que cumple su misma función. Temo que así seguimos arrojando sombras sobre la oscuridad. Como no poseemos de hecho otro patrimonio universitario que la herencia moderna, la teoría académica que se desarrolla en las Universidades americanas y europeas sigue hablando con los tópicos del siglo XVIII. El acento se ha desplazado últimamente hacia la igualdad: en un buen sector de la Ética contemporánea la igualdad completa sería el criterio supremo de la justicia: basta leer las diatribas de Habermas contra Gadamer. La perfecta simetría de las partes en la conclusión del pacto garantizaría toda justicia posible. La justicia sigue siendo considerada una condición de la persona, es decir, de su igual libertad, sin que se pueda apreciar un progreso serio sobre la Ilustración: han cambiado los procedimientos, pero los planteamientos son los mismos y casi todo se ha resuelto en un mero cambio terminológico.

Además, y esto me interesa subrayarlo, esta mentalidad parte exclusivamente, en su afán "humanista", desde el *universo humano*, que desde su primer momento se resuelve en una pragmática del lenguaje que ignora por definición lo que el ser humano "es" cuando se relaciona con los demás. En otras palabras, no existe la Realidad ajena a un discurso que se limita a priori a las exigencias de la igualdad y de la libertad individual. Es un problema de prejuicios con el que cualquier persona que reflexione sobre el Derecho ha de enfrentarse. Me parece que no podemos

decir "hablemos y pongámonos de acuerdo". Hay que hablar *sobre algo* y ese algo sobre lo que se habla no sólo limita las posibilidades del discurso (como pareció entender Radbruch) sino que posibilita y hace creíble ese mismo discurso. Algo sobre esto dejé escrito en *Derecho y ontología jurídica*<sup>23</sup>. En definitiva, lo que vincula en Derecho, o Justicia, no son tanto las exigencias de la libertad igual de los que dialogan o pactan como otras consideraciones que exceden esta pragmática lingüística.

#### 4. *El problema de la ciencia jurídica*

Ante este planteamiento de la Filosofía práctica moderna, el jurista vio reducida su tarea a buscar los límites de la libertad de cada uno a fin de que las libertades de todos pudieran coexistir en un orden que hiciera posible la máxima libertad individual posible. Ésta ha sido históricamente la misión que la mentalidad liberal ha asignado a la ciencia del derecho. Se trataba de buscar un "punto óptimo" de restricción de las voluntades en el que la esfera de libertad de cada hombre fuera lo más amplia posible. Ésta era quizá la única solución coherente y viable con los postulados antropológico-filosóficos liberales.

Sin embargo este planteamiento teóricamente coherente se derrumbó en la primera crisis de la ideología liberal, cuando esta teoría filosófico-jurídica fue acusada en el primer tercio del siglo XIX de fomentar el egoísmo individual, de modo que, como expusieron tantos autores, los ilustrados sólo habrían pretendido una sociedad formada por egoístas juiciosos o razonables: el *vernünftige Egoismus*<sup>24</sup>. Las tendencias socialistas que estallan en este siglo acaban completando la obra, y el Estado-policía liberal acabó convirtiéndose en un "Estado de bienestar" pero sin

23. Vid., por ejemplo, págs. 37-45.

24. Vid. mi estudio *Los orígenes del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Actas, Madrid 1993, págs. 65-81.

abandonar su base intelectual. Temo que se ha producido históricamente un desfase entre las finalidades a conseguir y los medios teóricos o universitarios de que disponemos para alcanzarlas: hemos reclamado unos fines humanos más solidarios pero la base filosófica y antropológica de las *teorías* dominantes hoy siguen insistiendo en los individuos "libres". Los individuos son, por definición, aislados e independientes: si prescindieramos de estas dos últimas notas las teorías más en boga no sabrían siquiera cómo explicar la "libertad" del hombre desde sus propios presupuestos. De esta forma se produce la situación, que parece muy contradictoria vitalmente, de pretender una sociedad solidaria partiendo desde unas personas, o ciudadanos, en las que fundamentalmente se ha postulado la insolidaridad. Es lógico que las instituciones no funcionen.

Por este camino entramos en el campo de los chantajes históricos: se impone la solución dilemática de postular o individuos "libres" en una sociedad permisiva, o una especie de libertad positiva que nos llevaría a una convivencia más o menos de naturaleza fascista en la que las personas quedarían colectivamente al servicio de metas comunitarias según el arbitrio del gobernante. El dilema (en el sentido estricto del término) lo llevamos todos dentro: una consecuencia de nuestra formación liberal. Naturalmente, siempre cabe la posibilidad intelectual (que da origen a una *teoría*) de intentar cuadrar el círculo: cómo permanecer siendo libres en una sociedad fuertemente intervenida. Rawls intenta esta cuadratura en su *Teoría de la justicia*, y le ha salido una espléndida teoría académica que poco tiene que ver con nuestra vida. Entonces la gente se queja de que en la Universidad se enseñen tantas cosas tan abstrusas, de que la Filosofía no sirva para la vida real, etc.

Aunque existan varias señales de crisis, de momento la teoría funciona: es un problema de psicología de masas y de satisfacción de intereses. La actividad asistencial que desarrolla el Estado contemporáneo favorece o ha favorecido a un amplio sector de la población, y así se ganan votos; y con la insistencia más o menos

oficial en la libertad individual se crea la ilusión colectiva de la libertad, se halagan los oídos de los votantes. El problema ha comenzado cuando se han mostrado los efectos vitales y humanos de la contradicción: no es posible que funcionen instituciones sociales solidarias partiendo desde individuos narcisistas.

Aludo a la ideología liberal, porque ella es la que ha moldeado nuestros modos de plantear estos problemas. El tema de los liberales es que dejan reducido el Derecho a la fuerza social dominante. El derecho de pactos tiene amplia autonomía, y debe tenerla, pero no se puede dejar reducido todo el Derecho a una cascada de pactos convenidos entre los individuos, porque destruiríamos la libertad y la justicia. Porque normalmente el pacto no es más que un forcejeo, en el que impone su voluntad, total o parcialmente, el más fuerte: por este motivo el Derecho del Trabajo es un *ius cogens* en el que la autonomía de la voluntad está extraordinariamente recortada: existe demasiada diferencia entre las partes que contratan. Éste sería un tema central: ¿qué criterios guían o *deben* guiar al Poder público para evitar la prepotencia?. Desde el momento en que reconozcamos que buena parte de la Justicia, o el Derecho, *debe* venir impuesto, estamos anulando la teoría omnicomprendensiva que teóricamente parte del individuo aislado y libre que libremente pacta. Quizá por este problema los autores más recientes han sustituido el consenso empírico por la figura del consenso ideal.

La exposición más lúcida del punto de vista liberal es la que encuentro en John Stuart Mill, que se pregunta "¿cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Donde comienza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? Cada uno recibirá su debida parte si tiene lo que más particularmente le interesa"<sup>25</sup>. Pero, claro, cualquiera puede objetar que precisamente el problema estriba en saber qué es aquello que

25. *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, SARPE, 1984, pág. 119.

"particularmente interesa" a cada cual, aunque esto únicamente sea una faceta del problema en su conjunto. Mill responde escribiendo que "a la individualidad debe corresponder la parte de la vida en la que el individuo es el principal interesado; a la sociedad, aquella en la que ella misma está principalmente interesada"<sup>26</sup>. Esta declaración es algo así como indicarle a un empresario que debe disminuir los gastos y aumentar las beneficios. Stuart prosigue: "Aunque la sociedad no esté fundada sobre un contrato a fin de deducir obligaciones sociales de él, todo el que recibe la protección de la sociedad debe una compensación por este beneficio; y el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses que, por expresa declaración o por tácito entendimiento deben ser considerados como derechos"<sup>27</sup>.

Me parece que Stuart Mill sigue la visión propia de la época, que expresaron ejemplarmente Theodor Schmalz y Wilhelm Traugott Krug cuando diseñaron la sociedad política sobre los moldes del derecho de sociedades privadas<sup>28</sup>. En efecto, lo que expone nuestro inglés está muy ajustado a lo que reclaman los estatutos de la sociedad de Puerto Banús, o de cualquier otro club privado: las partes fundacionales convienen libremente en lo que será y no será obligatorio, y la jurisprudencia posterior añadirá —cuando se produzcan colisiones de intereses— nuevos derechos y obligaciones. Pero una entidad así poco tiene que ver con una sociedad política. Si dejáramos a los ciudadanos blancos de los EE.UU, que son mayoría, que decidan los intereses de los chicanos que deben ser elevados a la categoría de derechos, todos los hispanos se encontrarían en pocos días tras la frontera de México.

26. *Ibidem*.

27. *Op. cit.*, pág. 120.

28. Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano. La teoría jurídico-política de la escuela kantiana*. Universidad de Cádiz 1989, págs. 155-183.

Expresado más farragosa y académicamente: ¿cómo podemos saber qué intereses deben ser convertidos en derechos? Stuart Mill se remite a una "declaración expresa" o a un "tácito entendimiento". Pero no es más que consagrar la fuerza como criterio del Derecho, aunque esa fuerza se exprese por mayoría de votos. Las votaciones civilizan algo la fuerza, y con frecuencia la superan porque constituyen ellas el criterio mismo de la justicia. Pero no pueden ser el único criterio. Y es que una cosa son los intereses, y otra los derechos o los deberes: a veces pueden coincidir, y entonces tiene razón Jhering, y a veces deben quedar enfrentados de modo que el derecho domine al interés de la parte más fuerte en el diálogo.

Los constituyentes franceses de 1789 fueron conscientes del peligro que implicaba la doctrina democrática de Rousseau, y por esta razón prefirieron determinar en una lista los "Derechos del hombre y del ciudadano". Algo parecido sucedió después de la II Guerra Mundial, cuando se publicó la "Declaración Universal de los Derechos Humanos". ¿Constituyen los derechos humanos esa barrera que nos asegura la justicia frente a la posible prepotencia de la mayoría? Temo que no, y a este tema aludiré más adelante, repitiendo consideraciones que ya he expuesto<sup>29</sup>. Sucede más bien que si las cosas funcionan, mejor o peor, si la justicia se realiza —mejor o peor— día a día en los juzgados y audiencias, eso sucede no tanto porque se respeten o se dejen de respetar los derechos humanos sino porque los jueces tienen una cierta voluntad de hacer justicia, combinada con la prudencia. El afán de hacer justicia determina el factor subjetivo indispensable en el juzgador; la prudencia proporciona la medida objetiva, casi siempre opinable, pero objetiva. El hecho de que la mayor parte de las soluciones jurídicas sean simplemente opinables hace que mucha gente quede descontenta. Pero ello no mengua la relativa objetividad que podemos alcanzar en los asuntos humanos. En otras palabras: si

29. Vid. *Derecho y ontología jurídica*, cit., págs. 61-71.

las cosas funcionan, cojeando, es porque los juristas, aunque se proclamen "positivistas", etc., son cripto-prudenciales. Y es que a Aristóteles se le pueden criticar muchos puntos concretos; pero en los fundamentos de su Filosofía práctica dijo cosas tan llanamente sencillas que no pueden ser ignoradas, aunque se presuma de lo contrario.

## B. DERECHOS HUMANOS, LIBERTAD Y JUSTICIA

Indicaba que nuestro patrimonio actual es el mismo de la Modernidad. Ya no utilizamos por lo general exactamente la misma terminología del siglo XVIII, pero seguimos considerando al binomio igualdad-libertad como el punto de referencia sistemático de toda construcción jurídica. Éste es precisamente el problema: si este planteamiento, que se expresa normalmente en la figura de los "derechos humanos", es suficiente y coherente.

### 1. *Una comprobación primera*

Quizá suponga una contradicción que a cada ciudadano se le insista en que es "libre", que el punto de partida y de llegada de toda construcción jurídica y política es él en cuanto libre y que la única figura legitimadora de sus deberes son los pactos que él concluya y que, al mismo tiempo, se le *fuere* a participar en empresas colectivas tales como el sostenimiento de la Seguridad Social, la defensa y reivindicación de los derechos de la mujer o la erradicación de la pobreza. Es decir, queda en pie el problema del *deber* (en el sentido estricto de la palabra) de obedecer las leyes. Puede decirse, como hace Scarpelli, que las leyes no crean un deber, sino una "obligación"; pero entonces tendría razón Marcuse cuando afirma que en Kant el Derecho positivo no es más que el látigo del rebañero. Y los hombres reclamamos criterios (necesarios)

riamente racionales) por los que *debamos* obedecer: estamos ante la distinción entre discrecionalidad o prudencia, y arbitrariedad. Pero, volviendo a nuestro argumento, el ciudadano contemporáneo se encuentra sometido a una creciente heteronomía, a una planificación de su vida en la que de hecho él no participa. Bierling intentó resolver esta contradicción manteniendo que todos tenemos el deber de obedecer las leyes porque todos hemos prestado nuestro consentimiento. Pero esto supone entrar demasiado descaradamente por el camino de las ficciones<sup>30</sup>.

Nos encontramos con dos realidades que son ciertas: una, que el hombre es libre. La otra, que todos nacemos y vivimos bajo obligaciones que normalmente ni conocemos. Como ambas tesis son verdaderas y contradictorias al mismo tiempo, se impone matizar.

## 2. *La situación anómala del ciudadano actual*

La mentalidad dominante nos inculca a todos que la vida política y jurídica ha de ser construida sobre nuestros derechos. Normalmente se recurre a la figura de los derechos humanos como la expresión de las libertades que han de configurar la convivencia.

Pero esta expresión tan radical de autonomía, fragmentada en tantas libertades como derechos existen, se opone en buena medida a las necesidades de la vida social que, como indiqué, nos fuerzan continuamente a participar en empresas colectivas para las que no se nos ha pedido nuestro consentimiento. Además, la máquina legislativa lleva anualmente varios kilos de papel con normas al bufete más modesto; y el ciudadano normal ni sospecha de su existencia. Una consecuencia de esta contradicción entre la edu-

30. Sobre la actitud de Bierling y de otros autores del siglo pasado que mantienen la *Anerkennungstheorie* como fundamento del deber de obedecer las leyes, vid. la exposición y crítica de Kelsen en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen 1923 (segunda edición), págs. 346-350.

cación recibida y las exigencias del Estado contemporáneo es la existencia permanente de una situación existencial y vital esquizofrénica, ya que el ciudadano está desgarrado por la tensión existente y producida por la educación que ha recibido –sus derechos, centrados en su autonomía– y las exigencias morales y jurídicas que implica cualquier forma de convivencia. Efectivamente, la ideología de los derechos o libertades, en la que insisten los políticos, profesores, etc., es un fiel trasunto de la falta de unidad vital de nuestra sociedad: de una parte se fomenta (con palabras) la autonomía personal, y de otro lado el Estado interviene en medida creciente en la vida personal sin pedir permiso. El tema se complica algo más, y a ello aludiré en las páginas siguientes, porque en definitiva el "fin en sí mismo" que se supone que es cada persona acaba en la práctica en un "fin para sí mismo", como denunciaron tantos debeladores de la Modernidad jurídica y ética en los comienzos del siglo pasado. Algo de esto dejé expuesto en *La Cabeza de Jano* y en *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. De este modo el ciudadano contempla sin poderlo entender –no tiene explicación, de hecho– el problema de por qué su vida privada y su vida pública se rigen por principios contrapuestos.

Por este camino se produce la situación vital contradictoria que consiste en que la educación recibida lleva a buscar el máximo lucro individual, hecho que cualquiera puede comprobar examinando los móviles del trabajo cotidiano de la mayor parte de los profesionales que conoce. En cambio, lo que pudiéramos llamar educación política insiste cada vez más en la solidaridad nacional e internacional. Se podría decir que formamos en un primer momento a seres egoístas que, más tarde, se ven forzados a prestar su colaboración para empresas solidarias. De esta forma se produce una ruptura en la vida de los ciudadanos que Hegel, que captó el problema en su crítica a la Modernidad, llamó *Entzweiung* o *Zerrissenheit*, es decir, "desdoblamiento" o "desgarrón". Después, una vez que el problema se deja sentir, la opinión pública se queja

de que los servicios públicos no funcionan: ¿pueden funcionar unos servicios solidarios cuando sus integrantes –necesariamente personas concretas– han sido formadas insolidariamente? Una aporía interesante.

### 3. *Hegel: la libertad del vacío*

En el contexto que expongo, la realidad humana queda reducida a unas esferas de libertad: las manidas *Freiheitssphären* que llegan a causar el tedio del investigador cuando estudia a los discípulos de Kant. Pero no quedemos presos en el encanto de las palabras: la "libertad" que entraña esta ideología no es tanto la afirmación decidida de unas libertades concretas como postular la ausencia de cualquier deber. Estamos ante lo que Hegel llama la "libertad del vacío", que sólo se presenta cuando, ante la falta de metas humanas, se erige al arbitrio, al capricho o a la simple terquedad (como se aprecia más claramente en las personas más limitadas) en las metas supremas de la actuación práctica.

La mentalidad que hace posible el Estado es reacia a admitir libertades demasiado concretas u operativas: limitarían demasiado eficazmente el poder de los detentadores del Estado. De hecho, para seguir su destino, esta mentalidad vuelve las espaldas a los hombres y los deja abandonados a la pura contingencia controlada. Hegel hablaba de contingencia porque cada sujeto, *determinado* a actuar por su capricho, se decide en su actuación por los mismos motivos por los que podría decirse de forma distinta o incluso contradictoria: en cualquier caso, sin un fundamento objetivo. Cuando el individuo es intuitivamente consciente de la falta de dirección de su actuación, cuestiona el sentido de su comportamiento, y ante la ausencia de razones que motiven su actividad, sólo le queda la satisfacción de las diversas facetas de su instinto (el "ser para sí") como móvil personal. Me parece que es una vuelta al instinto poco concorde con las exigencias de una cultura

desarrollada: parece que volver a una sociedad pre-romana supone una fuerte regresión cultural. Paradójicamente, esta situación se produce tras dos milenios y medio de cultura conocida, y en nombre precisamente de las conquistas históricas de la dignidad de la persona.

La Edad Contemporánea no tolera mucha libertad, y opta por el permisivismo, que es aquella actitud moral y jurídica en la que el hombre aislado, a falta de incentivos que trasciendan su arbitrio guiado por el instinto, considera que el fin único posible del ordenamiento jurídico es el respeto a su capricho, a su esfera de libertad. En este planteamiento hay mucho de verdad y mucho de falacia, y la verdad patente parece justificar lo que no tiene razón. En cualquier caso, el permisivismo avanza en la medida en que decae la cultura, la Filosofía práctica, por más que sólo en España se editen cada año más de cincuenta mil títulos. Y es que una cosa es la vertiente propiamente humana de la cultura (*praxis, agere*) y otra son los logros técnicos o poiéticos.

No simplifiquemos: el problema existe porque tiene motivos para existir. Tras las experiencias traumatizantes de los Estados socialistas, por ejemplo, las críticas de Berlin a la defensa de la "libertad positiva" tienen un fundamento de peso. El espectáculo deprimente de los disciplinados ciudadanos soviéticos en las Olimpíadas de Moscú hace añorar vehementemente una fiesta desmelenada de un frívolo *campus* universitario norteamericano. Pero no se puede erigir al abuso, que debe ser considerado siempre una excepción, en regla general. Ante el miedo al abuso se opta por lo que describe Hegel: la afirmación de la voluntad, la voluntad del individuo que se afirma a sí mismo mediante un acto de voluntad, contiene solamente, o se reduce, a la pura indeterminación del arbitrio, puesto que la libertad así entendida consiste y se agota en la ausencia de cualquier deber. A este *momento* de la libertad (que debe darse necesariamente en toda vida humana) lo llama Hegel "libertad negativa" o "libertad del vacío", ya que esta libertad no quiere nada positivo, sino únicamente la ausencia del cualquier

deber real. Cuando esta libertad del vacío se manifiesta en la vida real –prosigue Hegel– sólo persigue el vacío en la sociedad, es decir, la aniquilación de cualquier institución que comporte un deber, una exigencia de actuación. También reclama la eliminación de cualquier hombre sospechoso de querer algo positivo, ya que lo positivo, es decir, cualquier meta que debamos realizar, acarrea inmediatamente una particularización, una determinación y por ello una limitación de esta libertad vacía. Por este motivo esta libertad negativa necesita destruir inmediatamente toda obligación, toda institución, todo orden, pues únicamente de esta manera llega ella a afirmar su existencia<sup>31</sup>.

#### 4. *El Derecho y la fuerza*

El cauce que propone la mentalidad de las libertades consiste en definitiva, omitiendo algún paso intermedio, en resolver las cuestiones propias de la Filosofía práctica en el uso omnipresente de la figura del pacto. Los autores clásicos hablaron de pactos reales o empíricos; los autores contemporáneos, más escarmentados, hablan de consensos ideales. Todos ellos plantean problemas.

31. Escribe Hegel que "La voluntad contiene el elemento de la *pura indeterminación* o de la pura reflexión del yo en sí mismo... *Observación*: se está entonces ante la libertad negativa o libertad del entendimiento. Es la libertad del vacío. Elevada a figura real... se manifiesta en el fanatismo religioso de la pura contemplación hindú; vuelta hacia la realidad, se manifiesta en el fanatismo que se traduce en la destrucción de todo orden social existente, y en la expulsión de todo individuo sospechoso de pretender un orden... Únicamente destruyendo algo tiene esta voluntad negativa el sentimiento de su existencia. Cree querer una situación positiva, por ejemplo, la igualdad universal o una vida religiosa universal, pero de hecho no quiere una realidad positiva, pues ésta acarrea inmediatamente un orden, una particularización... cuya aniquilación necesita esta libertad negativa para llegar a su existencia". Cfr. *Principios de filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*. Trad. J.L. Verma. Buenos Aires 1975, parágrafo 5. Las intensidades son de Hegel.

a) *Una primera explicación realista*

Las teorías actuales que estudian este tema se resisten, como es lógico, a concluir que todo el problema de la justicia se resuelve en una cuestión de fuerza, de modo que la mayoría impone su punto de vista, sus intereses, etc. Por esta razón han aparecido en estos últimos veinte años muchas *teorías* sobre la racionalidad práctica que desdeñan el consenso real en nombre de un consenso más o menos "ideal" o no-empírico; en definitiva, en nombre del *verdadero* consenso. Yo pienso, a la vista de esta imposición del verdadero consenso que no saben descubrir los que votan o pactan, y que por ello es necesario imponerles la auténtica racionalidad *consensuada* (¿?), que todos los inquisidores que han existido en la historia han entendido que ellos representaban la auténtica verdad ante la que cualquier ser racional hubiera debido ceder si hubiera sido lo suficientemente inteligente, honesto, etc para reconocerla. Pero aludiré a este tema más adelante. Ahora sólo quiero mencionar una explicación que me parece más honrada, y que personifico en Werner Maihofer.

Este autor explica que la racionalidad de la decisión jurídica no es cuestión del entendimiento o razón de un "sujeto trascendental", en el sentido kantiano de la expresión. Sino que tal legitimación surge de un proceso institucional, argumentativo y dialógico en el que además del poder legislativo, participan también los poderes judicial y ejecutivo. A través de este diálogo surge lo que él llama la "decisión práctica", que crea un consenso intersubjetivo en el que la mayoría asegura tanto la verdad de nuestro conocimiento (también las cuestiones de hecho se deciden por consenso) como la justicia de los problemas jurídicos<sup>32</sup>. Son bastantes los autores que argumentan de forma parecida. Resumiendo, podríamos decir lo que indica M. A. Rodilla a propósito de Buchanan: "la legitimidad

32. *Die Legitimation des Staates aus der Funktion des Rechts*, en ARSP, Beiheft n. 15, 1981, pág. 20.

de un sistema de normas e instituciones descansaría así en su mera capacidad para ganarse el asentimiento fáctico"<sup>33</sup>.

Esta explicación de la realidad posee buena parte de verdad: sin principio democrático o aceptación popular no puede haber convivencia política. La aceptación es la base y el fundamento legitimante último de buena parte del ordenamiento jurídico<sup>34</sup>. Pero cosa distinta son las cuestiones que podríamos calificar más propiamente de jurídicas: no podemos meter indiscriminadamente en un mismo saco a la política y al derecho, por mucho que presenten facetas y sectores comunes y complementarios.

La teoría más clásica sobre la legitimidad de la decisión mayoritaria tiende a explicar que el voto constituye un acto prudencial y reflexivo del ciudadano, en el que la adecuada ponderación de los intereses individuales produce ese equilibrio de intereses que en definitiva es el que hace posible la convivencia. No hay nada que objetar si esta explicación se refiere a las normas propiamente políticas, constitucionales, basadas fundamentalmente en un consenso real que se produce al filo de los intereses realmente en juego. Precisamente en este tema el peligro reside en lo contrario, en intentar imponer un ideal –un consenso ideal, por ejemplo– como pretendió hacer Platón en su breve y accidentada experiencia política real.

#### b) *Matizaciones convenientes*

Las bases constitucionales o políticas de la convivencia se resuelven en una cuestión de equilibrio o ajuste de intereses, como vio claramente Gustav Radbruch: pero la fuerza de la mayoría no se puede extender a todos los planos de la convivencia, y por esto el mismo Radbruch hubo de dar marcha atrás en 1946. Como

33. *Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" (1985), pág. 251.

34. Vid. *Derecho y ontología jurídica*, cit., págs. 115 y ss.

nunca llueve a gusto de todos, es obvio que en cierto modo toda forma de convivencia política es siempre en algunas de sus facetas una forma de dominación. Pero creo que, aparte de algunos temas básicos de la convivencia, no puede erigirse indiscriminadamente a la fuerza en el criterio único para hacer Derecho. La ideología de las libertades, que centra la justicia en la expansión de las voluntades parece, sin embargo, que lleva a este resultado último. Norbert Hoerster nos indica en este sentido que "la pregunta anteriormente planteada en el sentido de si alguien... tiene el *derecho* de imponer sus normas a otro, fue formulada de manera poco clara. Si "derecho" ha de ser entendido en el sentido técnico del llamado "derecho subjetivo" (es decir, un derecho a algo al que corresponde un deber de la otra parte), la respuesta es "no", ya que desde mi punto de vista subjetivista no puede existir un derecho de este tipo en el sentido de pre o suprapositivo... Pero si con "derecho" se quiere tan sólo significar que alguien *puede* hacer algo determinado... entonces naturalmente, la respuesta es "sí"<sup>35</sup>. De esta forma los "derechos" en la praxis actual quedan reducidos al poder o fuerza que de hecho tiene cada sujeto para imponer sus pretensiones. Por ello, Hoerster es consecuente cuando afirma que "quién habrá de imponerse aquí es, en realidad, una cuestión de poder"<sup>36</sup>.

En efecto, las partes que intervienen en un pacto defienden sus intereses; quién se impondrá es, por tanto, una cuestión de fuerza. Un pacto es siempre el resultado de un forcejeo, y podríamos compararlo con un pulso. Esto ocurre y es patente, por ejemplo, en el mundo laboral: los empleados defienden sus intereses y recurren a la huelga; el empresario tomará represalias; cuenta el contexto económico-político, que determina en buena medida lo que pueden exigir unos y otros. Es posible que ambas partes aleguen argumentos "jurídicos": se trata de razones para apoyar la causa propia,

35. *Ética jurídica sin metafísica*, en E. Garzón, "Derecho y Filosofía". Barcelona 1985, pág. 129. Las intensidades son más.

36. *Ética jurídica...*, cit., pág. 130.

que son escasamente objetivas porque no se alegrarían si perjudicaran. Como apreciamos, Hoerster es preciso cuando reduce la praxis política actual a poder.

Martin Kriele indica a este respecto que la debilidad del principio del consenso (real) radica en el intento de deducir el Derecho y la Moral desde el cálculo de los intereses individuales. La teoría del consenso, explica Kriele, es sólo una variante de las teorías utilitaristas, es decir, del racionalismo, que todo lo reduce a un cálculo sobre los intereses en juego. La imposibilidad de fundamentar la justicia sobre esta base fue ya evidente en los clásicos del individualismo utilitarista. Este individualismo encontró su criterio máximo en la fórmula que Bentham propuso como criterio rector de la Etica: "la mayor felicidad posible para el mayor número". Una fórmula que, sin ser pervertida, concluye Kriele, se prestó en su aplicación normal a justificar el genocidio de las minorías, como fue el caso de los indios norteamericanos<sup>37</sup>. Es obvio que cuando se reduce la justicia de las normas a un mero acuerdo fáctico conforme a los intereses reales y a la composición de fuerzas de hecho existentes en un grupo social, este intento no es capaz de dar cuenta de la dimensión moral involucrada en la existencia misma de las normas e instituciones sociales.

Claro que siempre queda el recurso de mantener que los "derechos humanos", debidamente recogidos y positivados por el ordenamiento jurídico nacional, limitan la posibilidad de ejercer una opresión. Me parece que ésta es una argumentación poco ajustada a la realidad, y paso a explicar por qué pienso así.

### c) *Debilidades de los "derechos"*

Según alegan muchos, la mayoría que detenta el poder encuentra siempre como límite de la imposición de sus intereses los

37. Cfr. *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979, págs. 55-56.

derechos y libertades que vienen recogidos en las declaraciones de derechos humanos. El respeto a estas libertades constituiría la defensa invulnerable de las minorías que, parapetadas tras ellas, estarían a salvo de la arbitrariedad. En este sentido, nuestro conocido Ronald Dworkin entiende que "la institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, ya que representa la promesa que la mayoría hace a la minoría acerca de que la dignidad e igualdad de ésta será respetada. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser este gesto para que el derecho funcione"<sup>38</sup>.

Dworkin tiene mucha razón: cuando se produce un conflicto realmente violento, como suelen ser los que estallan entre distintas etnias, la comunidad internacional debe intervenir en nombre de la igualdad o el derecho a la vida de las minorías. Y como la comunidad internacional a veces logra intervenir eficazmente, es preciso reconocer que las declaraciones de derechos logran una cierta eficacia. No perdamos de vista que no estoy cuestionando la justicia de algunos derechos básicos, sino su eficacia como límite de la prepotencia del poder. En cambio, cosa distinta es cuando la prepotencia se ejerce de forma menos violenta y llamativa, como sucede cotidianamente de puertas para adentro en cualquier Estado occidental.

En tal caso la actitud de Dworkin me parece algo naïf, porque vemos que en la práctica cotidiana la aceptación política de los derechos humanos es altamente selectiva: muchos gobernantes alegan los derechos que le interesan a él, y dejan en la sombra las restantes libertades de los ciudadanos. El tema es complicado porque existen bastantes declaraciones de derechos redactadas al filo de propósitos muy distintos: baste pensar en la incluso profunda oposición que existe entre la Declaración Universal de 1948, que es marcadamente individualista, y las Declaraciones de

38. *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona 1984, pág. 303.

derechos sociales, que han surgido de hecho en oposición no pacífica al espíritu que hizo posible la declaración de 1948. Este hecho hace posible que distintos gobernantes puedan seguir actuaciones políticas muy diversas (incluso opuestas en temas concretos) siendo muy fieles a los derechos humanos.

Por otra parte, la experiencia demuestra que la protección real que los derechos otorgan es muy relativa. Las libertades están protegidas de forma muy general y formal, como es propio de cualquier ley, y cualquier gobernante dispone cotidianamente de los resortes suficientes para desconocer eficazmente los derechos de las minorías. Lo que realmente cuenta es el funcionamiento honesto día a día de la administración pública, y este funcionamiento suele estar alejado del espíritu de igualdad propio de los derechos. Lo que quizá se consigue realmente con la firma de los protocolos en los que se positivizan las declaraciones de derechos, es lo que Benito de Castro llama el "efecto autocomplacencia"<sup>39</sup>: una vez cumplidos los trámites formales quedan libres las manos para llevar el agua al propio molino. Si cualquier lector piensa en la política de acceso a los puestos de la administración pública, la de subvenciones a empresas de cualquier naturaleza, los criterios para conceder becas y ayudas, la política informativa desde los medios que dependen del poder, por ejemplo, quizá esté de acuerdo con lo que expongo.

d) *El remedio del consenso ideal*

Hoy ya casi nadie discute que el pacto es cuestión de fuerza, y no todos confían tanto en los derechos humanos. Por este motivo se han desarrollado en las dos últimas décadas varias explicaciones acerca de cómo debe ser el consenso. El inicio del problema radica

39. Vid. *La crisis de la Declaración Universal de 1948*, en "Persona y Derecho" 25 (1991) pág. 19.

en la falta de igualdad: en la vida real los hombres no somos nunca iguales, y esto determina situaciones de prepotencia.

Podríamos sentar una primera tesis: si tenemos que pactar es porque somos desiguales. Si no fuera así, nos dejaríamos llevar por lo que disponen las leyes, o la costumbre, o los usos sociales, o las opiniones autorizadas. Desigualdad, fuerza, poder, son el alma de todo pacto, esto es, de toda solución consensuada. No sería inexacto afirmar que el consenso es la figura intermedia entre el acuerdo y la pelea abierta.

Hablar de un acuerdo que no es "real", esto es, que no hace posible un equilibrio entre los intereses desiguales de las partes en conflicto, parece que es abusar de las palabras. De hecho, en ámbitos académicos, acostumbrados a la terminología de "consenso ideal" o "consenso contrafáctico", suele suceder que se pregunte en tono de broma si los acuerdos que se tomarán serán reales o ideales. El consenso ideal es el que impone el jefe. Se puede ver que hablar de un consenso ideal es como aludir a bicicletas que no pueden tener ruedas o barcos que no pueden navegar para evitar los peligros reales de la circulación o de la navegación. Añadiendo el adjetivo ideal se quieren evitar los peligros inherentes a todo acuerdo. Lo que cabe cuestionarse es por qué se sigue hablando de acuerdo o "consenso".

La figura del consenso tiene ahora un amplio prestigio. Una vez que el siglo XX hizo propio un sector de la filosofía analítica, de modo que el mundo entero, es decir, el universo humano es el resultado de una comunicación lingüísticamente compartida, el protagonismo lo alcanza la socialización del lenguaje que se destaca cuando hablamos de "verdad compartida". Toda la realidad ha de ser el *resultado* de un acuerdo socialmente o colectivamente logrado: el resultado de un diálogo que se renueva incesantemente en la historia. El antónimo del diálogo es el discurso monológico, el que realiza una sola persona: el verdadero enemigo de la filosofía nuestra es el discurso monológico.

Hay que conciliar dos opuestos: el consenso, que nace desde la desigualdad, y la igualdad de las partes en el diálogo. Esta simetría de los parlantes en la historia es el criterio máximo de justicia, el que hace que el diálogo sea justo: hoy no se concibe una justicia posible sin igualdad. El diálogo entre iguales constituye la médula de cualquier consenso ideal. La igualdad se hace posible únicamente en el diálogo, ya que la excluye por definición el razonamiento monológico. Es decir, es preciso lograr mediante el diálogo (que por definición postula la igualdad) el consenso. Pero ciertamente, un "consenso" así no existe ni puede existir, porque un consenso ideal es una figura contradictoria consigo misma. Pero tampoco se puede prescindir del prestigio de la palabra "consenso". Entonces se procede a hablar de un consenso que no debe ser empírico, y que por esto tampoco es realmente un consenso.

Pienso, además, que la expresión consenso ideal, o consenso no-empírico, o contrafáctico, etc., es peligrosa para la filosofía política, porque es una puerta siempre abierta para cualquier despotismo. No sirve como figura heurística teóricamente porque no lo es prácticamente. En la práctica, siempre una cabeza pensante, que coincidirá con el que sea el más fuerte, decidirá el *verdadero* consenso, aquello que realmente nos conviene de acuerdo con la justicia. Y si el acuerdo empírico suele llevar anexo el peligro de la imposición de la fuerza, el acuerdo ideal lleva necesariamente la imposición de la propia opinión, que podrá ser justa o no. No faltará quien mantenga que el "consenso ideal" es un marco heurístico necesario hoy: pero un marco tal, que necesariamente lleva a una imposición subjetiva en nombre del diálogo, es un mal recurso *filosófico*. Convendría que nos clarificáramos a nosotros mismos la terminología que usamos. O que prescindamos de categorías que se muestran inviables: porque la Filosofía práctica es una reflexión sobre cómo debemos actuar los hombres, y no puede ser nunca una sucesión de proposiciones brillantes pero aporéticas, luminosas por su vaciedad. Además, las

figuras del "consenso ideal" siempre entrañan el peligro de desvalorizar el consenso efectivamente logrado, como ya indicó Juan José Gil Cremades hace años: no olvidemos que las reglas constitucionales y un cierto sector de la legislación política encuentran buena parte de su legitimidad en el asenso en su creación.

### C. EL DERECHO COMO UNA CONDICIÓN DE LA REALIDAD

La libertad de arbitrio está presente en el Derecho, en sus diversas dimensiones: a veces creando reglas generales, a veces como un bien constante, en ocasiones originando normas particulares, y siempre como uno de los bienes supremos al que de una forma u otra tiende el saber jurisprudencial. Pero el tema es que observamos demasiados problemas para hacer de la libertad individual el punto de arranque de todas las consideraciones jurídicas. Parece que, como sucede en todos los temas fundamentales, estamos ante una vertiente del ser humano que es necesaria pero insuficiente si se la toma aisladamente.

Éste es un tema espinoso porque el último fundamento por el que existe el Derecho es por el hecho de que el hombre es "persona", es algo más que una simple cosa. De hecho, en el lenguaje cotidiano, las expresiones persona y "ser humano" suelen ser idénticas. Además, muchos derechos y deberes del hombre no se desprenden desde objetividades ajenas a las personas, sino que son directamente derechos y deberes de la personalidad: ya indiqué que prácticamente todos los delitos contemplados en un código de Derecho penal se refieren a violaciones de derechos de la personalidad.

Pero el saber jurídico, llamado con precisión *jurisprudencia*, y más confusamente Ciencia del Derecho o Ciencia jurídica, no se limita a las violaciones de los derechos de la personalidad en el sentido en que ahora consideramos la palabra "persona". Sucede

más bien que hoy el término persona es equívoco: de un lado posee un sentido que es a la vez filosófico y jurídico, y por este hecho decimos que la persona tiene derechos. Pero de otra parte "persona" designa en Derecho otra realidad parcialmente distinta. Y procede analizarla someramente para no perdernos en equívocos.

### 1. *Las situaciones humanas*

Una primera comprobación nos muestra que los hombres vivimos *de hecho* en el contexto de unas situaciones determinadas, situaciones que no se limitan a ningún ámbito determinado de la personalidad sino que abarcan casi todo lo que es el hombre. Así, vemos que hay personas que tienen hijos, y otras que no; lógicamente los deberes o derechos de unos y otros son distintos. Si proseguimos atendiendo a la realidad, observaremos magistrados, notarios, patronos de barco o profesores de universidad. Todas estas personas, por el hecho de tener esa profesión tienen facultades y deberes muy distintos.

La Modernidad jurídica no pudo dar cuenta de esta diversidad de derechos y obligaciones. Los "modernos" (y bajo este rótulo comprendo tanto a la mayor parte de los autores del siglo XVIII como a bastantes de finales del siglo XX) sólo conocen hombres iguales, sin rostro, que son como puntos en un espacio geométrico plano al que llaman "estado de naturaleza". Y se esfuerzan en buscar un equilibrio en las colisiones de sus intereses. Por el contrario, cuando examino la realidad jurídica tal como se manifiesta, compruebo que el simple hecho de desempeñar una profesión implica necesariamente una desigualdad tanto en las competencias que posee cada persona como en aquello que tiene obligación de hacer. Y que alegar la "libertad" de los individuos sirve de mucho en algunas ocasiones, y de nada en otras: lo que indica que es un dato necesario pero incompleto.

Una primera comprobación nos muestra que lo que es justo o injusto (esto es, exigible) viene determinado por "hechos" objetivos en los que la libertad del arbitrio apenas cuenta nada. Ciertamente, buena parte de las personas elige voluntariamente su profesión, su esposa o marido, y está además el campo del Derecho de contratos: pero lo más adecuado que se puede decir sobre este uso de la libertad es la expresión que Octavio Paz emplea a propósito del amor: a la fatalidad por la libertad.

En una primera captación de lo que es justo, muy intuitiva y por ello difícil de argumentar, vemos que a un enfermo no se le puede forzar a realizar una actividad que agravaría su dolencia, o que es necesario (moralmente) que la mujer trabajadora disponga de un cierto tiempo para dar a luz y atender a su hijo. Estos datos guardan poca relación con la libertad de arbitrio: es *necesario* respetar al enfermo y a la madre trabajadora no porque estas personas deseen que se respete su arbitrio, sino por el dato objetivo de la enfermedad o del parto. Este dato objetivo es el fundamento único de su exigencia o derecho. Porque, por lo demás, todos podemos querer muchas cosas a las que realmente no tenemos "derecho".

Si ampliamos el campo de observación, vemos que todos los hombres se encuentran en unas situaciones –muy diversas, y de muy distinta naturaleza– desde las que se originan para ellos deberes, y facultades para cumplir esos deberes. Un marido, un profesor o un vendedor de helados están obligados a unas conductas muy concretas, de modo que si no existieran esas obligaciones desaparecería la profesión misma o el *statu quo* jurídico propio. Es decir, desde las instituciones de marido, de profesor o de vendedor de helados podemos conocer lo que en justicia podemos exigir a esos profesionales. La razón última de por qué existen esos derechos y obligaciones está en la "razón de ser" de esas instituciones: si una institución sólo existe para el provecho de alguien, entonces es injusta, opresora. Esta última consideración nos lleva al tema del bien jurídico: para que el

conjunto de facultades y deberes que constituyen una institución esté fundamentado justamente, es preciso que con tal institución se busque un bien para la comunidad: el punto primero de referencia de buena parte de las consideraciones jurídicas es un "bien", diverso en cada caso, que es tal porque beneficia a todos, por más que ocasionalmente pueda molestar los intereses, las opiniones o el arbitrio de unas personas determinadas. Un tema complejo, al que aludiré más adelante. Nosotros, en este momento de la exposición, sólo comprobamos que existen diversas situaciones en las que nos encontramos en nuestra vida cotidiana que *determinan* nuestros ámbitos de derechos y deberes, situaciones que son llamadas "personas" en la terminología jurídica antigua.

Como vemos, lo que es justo o injusto no es algo "añadido" a la realidad por una instancia extraña, ajena a ella misma, como sería el recurso al "derecho natural" o a una misteriosa "justicia". La justicia o injusticia suele venir indicada por la realidad misma, y se concreta en las exigencias reales que implica cada situación humana. Por esta razón Inciarte escribe que "el deber-ser aparece como incluido en el ser, pero el ser en el que está incluido el deber-ser no es un ser *dado* inerte, que sólo pudiera ser constatado desde fuera, sino que es aquel ser del que Aristóteles dice que en los seres vivos consiste en vivir, y en los seres vivos racionales en vivir conforme a la razón, es decir, en praxis, en actuar racional"<sup>40</sup>.

Como indico, el arbitrio juega poca función de ordinario en la determinación de lo justo. Al Derecho no le interesa (a no ser muy marginalmente y en casos excepcionales) que alguien haya querido ser o no padre del hijo que ya tiene: las penas por hijos abandonados (uno de los delitos más antiguos en la historia de la humanidad) es buena muestra de ello. El Derecho parte del *hecho* de que se es padre, hijo, profesor, etc., y determina aquello que es

40. "Sobre la verdad práctica", en *El reto del positivismo lógico*. Madrid 1974, pág. 175.

exigible a cada uno con la ayuda de un esquema estereotipado, ajustado a cada situación o institución. Es decir, no contempla tanto personas concretas como cuadros típicos o "personas jurídicas" que otorgan competencias y deberes a *cualquier* individuo en cada situación tipificada: cualquiera puede ser padre, cualquiera puede ser profesor. Quizá éste sea el significado más profundo del principio de "igualdad ante la ley" o el Derecho.

Hablo de situaciones objetivas al margen de la voluntad, de hechos, etc. ¿Dónde queda la libertad personal? Federico Julio Stahl pretendió resolver el problema teológicamente explicando que el orden social existente es querido directamente por Dios<sup>41</sup>. Me parece que es una explicación que no convence ni siquiera a un creyente. En un plano más secularizado, François Geny, cuando era iusnaturalista, entendía que la "naturaleza de las cosas", es decir, los elementos de hecho de toda organización jurídica (por usar sus propias palabras) llevan en sí mismos las condiciones de su equilibrio y descubren, por así decir, la norma que los debe regir<sup>42</sup>. Pero me parece que el orden social, lejos de venir ordenado directamente por Dios, o de responder a un orden natural, ha sido creado en buena medida por relaciones históricas de fuerzas entre los grupos políticos, ideológicos, económicos, etc., es decir, por la fuerza de aquellos grupos que crean la Historia. Además, interviene el azar, tanto en plano colectivo como individual, como muchas personas experimentan amargamente. Si es así la realidad social, ¿podemos considerar que esta realidad determina las normas para discernir lo justo de lo injusto?

41. Vid. su *Philosophie des Rechts*, 5ª edición, Tübingen 1878, vol. II, pág. 328.

42. Geny escribe que "la nature des choses, envisagée comme source (*lato sensu*) du droit positif, repose sur ce postulat, que les rapports de la vie sociale, ou plus généralement, les éléments de faite de toute organisation juridique (du moins possible) portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir". Cfr. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris 1954, vol. II, parágrafo 159.

Más bien parece que la conciencia de que el orden social existente es el resultado de un juego de fuerzas que se han producido contingentemente en la historia, debería llevarnos a pensar que los hombres concretos nos encontramos *forzados* por la realidad, de forma que desde estos presupuestos no habría lugar para hablar de *deberes* en el sentido propio de la palabra. Podríamos decir que el disconforme, el que no ha logrado imponer su punto de vista o sus intereses, es una persona doblegada por la fuerza, pero no sometida a deberes. ¿Donde queda la dimensión moral de nuestras instituciones?

Una observación previa: es inútil querer contestar a esta pregunta a través de consideraciones de naturaleza abstracta, general. Por lo general es una pérdida de tiempo pretender hablar de "la Moral", de sus notas y caracteres. La Moral, así, en general, no existe: existen únicamente una multitud de conductas concretas que vienen exigidas para conseguir unos bienes (o evitar unos males) para nosotros mismos o para los demás. Con frecuencia, cuando se habla de "la Moral" o de la Ética se abstrae de forma excesiva, y el parlante o el investigador corre el peligro de manejar unas palabras que, a fuer de generales son vacías, proteicas, de modo que cada cual les asigna el contenido que él quiere. Se incurre frecuentemente en un solipsismo que da lugar a las discusiones "doctrinales", cuajadas de aporías y sinsentidos. Y esta misma observación puede extenderse a otros términos que se usan a veces de forma demasiado genérica, tales como "razón" o "naturaleza humana".

Vemos, pues, cómo diversos autores alemanes del siglo pasado fueron conscientes de la dificultad que apuntaba antes, la de la falta de libertad moral en la creación de nuestras instituciones; y si no existe libertad en la creación, no hay moralidad posible. Por esta razón, algunos investigadores dejaron de hablar de lo debido *en justicia* (que implica una fuerte carga moral) y la doctrina alemana acuñó un término en su lugar con el que pretendía designar la "necesidad" de adecuar la conducta personal a lo que demandaba lo

existente. Este término fue el de *Zweckmässigkeit*, que no es posible traducirlo literalmente: si acaso, como "adecuación al fin", esto es, la "necesidad" (¿física, moral?) de adecuar nuestra conducta a lo que se pretende. Aludo a este término porque aun hoy sigue siendo empleado profusamente, aunque no siempre se le use explícitamente: basta leer a Bobbio, Lumia o Scarpelli, por citar sólo a la doctrina italiana. Con él, en realidad, se hace referencia tanto a la necesidad de obedecer las leyes que no son injustas como a la "necesidad" de acomodarse a la disciplina del campo de exterminio de Auschwitz. Aunque, como suele suceder con las palabras altisonantes, parece que designa algo moralmente valioso: la retórica que contextualiza los términos es capaz de producir milagros entre algunos lectores.

Existen muchas situaciones injustas, y Auschwitz sería un caso extremo de ellas. Pero, recordando el brocardo inglés que reza *hard cases make bad law*, es mejor considerar las situaciones corrientes y normales de la vida, evitando los casos extremos. Si tenemos en cuenta las situaciones normales de nuestra vida, pensar que ellas nos fuerzan pero no nos obligan supondría desconocer dimensiones constitutivas del ser-ahí específicamente humano. Una vez que vivimos en una misma sociedad –nos guste o no, nos esforcemos o no por cambiarla– la única actitud humana, solidaria con los demás, es la de actuar según lo requieran las situaciones en las que realmente estamos inmersos. Ya indiqué que sobre estos temas fundamentales sirven de poco las argumentaciones abstractas, que se prestan a muchas discusiones. Pero todos estamos de acuerdo en que si contratamos a un profesional para que trabaje en nuestra casa, no hacemos eso para que el tal profesional nos cuente la historia posiblemente triste de su vida, de sus frustraciones, de las injusticias que han cometido con él, y ello justifique un trabajo de mala calidad y unos honorarios desorbitados. Al contrario, cualquiera *exige* que el trabajador realice un trabajo correcto y cobre unos honorarios razonables actualmente.

Es decir, cada situación o cada institución persigue un bien humano peculiar suyo, esto es, que ella hace posible, y hablando en términos imprecisos podríamos decir que existen tantas instituciones como bienes se trata de conseguir, o males hay que evitar. En cambio, el pensamiento moderno, que rechazó la casuística como método jurídico, entendió que toda la realidad humana podía ser reducida a un solo bien. Los ilustrados lanzaron la tesis del "principio único y evidente", y los románticos hablaron del "Ideal". Hoy estamos en condiciones de entender al filo de la praxis histórica que la ideología del Bien Unico es resultado de un espejismo colectivo. La vida humana no puede ser reducida a un Ideal, como si toda nuestra vida girara en torno a un único tema porque planteara una sola incógnita. Más bien parece que en el Derecho han de existir tantos ideales como bienes concretos ha de proteger la comunidad: desde la estabilidad de la familia hasta evitar la falsificación de las condecoraciones civiles. Estamos antes cientos o miles de bienes importantes, distintos y a veces opuestos entre sí, que no siempre poseen una jerarquía estable: uno es el bien en tiempo de exámenes, y otro es el bien en tiempo de vacaciones.

Abundando en esta idea, vemos cómo el Derecho no se puede entender tampoco desde consideraciones abstractas que parten, por ejemplo, de nociones tales como la libertad de la "persona" o de las exigencias de la "naturaleza humana". Ya indiqué que hay derechos que se fundamentan inmediatamente en la personalidad humana pero, en lo demás –aunque la realidad de la persona subyazca a toda relación jurídica posible– es mejor tratar de evitar estas expresiones tan vaporosas y vacías, que no suelen expresar nada concreto y por este motivo tampoco llevan a una solución determinada. Lo mismo sucede con los conceptos tan generales de

"Estado de Derecho" o "sociedad democrática", etc., que cualquiera puede rellenar con lo que él quiera<sup>43</sup>.

## 2. *La distinción entre lo empírico y lo real*

Sin embargo, la realidad existente dista en muchos puntos de ser satisfactoria. Este hecho ha motivado históricamente la aparición de Utopías en las que el escritor utópico pretende superar la situación existente. Incluso una corriente muy influyente del pensamiento norteamericano, que no cree en las utopías, propone sin embargo el "método utópico" como el remedio más eficaz para superar los males presentes: Skinner ha hecho bastante en este sentido. Me parece que el error comienza cuando se confunde lo empírico con lo real y, por este motivo, se construyen *teorías* intelectuales de espaldas a la realidad para rechazar lo empíricamente existente. De una forma muy imprecisa diría que existen dos talentos vitales ante el problema de "mejorar" lo presente: uno es el que se lanza por la utopía, y otro es el que *parte* desde lo que existe. Descarto la utopía porque no veo cómo se puede normar eficazmente, realmente, lo real desde unos postulados que son manifiestamente irreales. Comprendo que existan pensadores utópicos, porque el sueño por lo ideal es una constante humana; pero el exceso de *teoría* que conlleva necesariamente la utopía la hace forzosamente demasiado inhumana, y quizá nuestro mayor cuidado con respecto a las utopías sea precavernos frente a ellas. Cuando no existía experiencia sobre este tema, a finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, muchos dejaron volar la imaginación por los campos de lo ideal. El fracaso de los experimentos utópicos no ha sido resultado de un fallo simplemente

43. Sobre estos temas, vid. más extensamente mi *Derecho y ontología jurídica*, cit., págs. 163 y ss.

técnico, o de falta de unos líderes adecuados: es que el exceso de teoría se revela como una mala teoría.

En cambio, si partimos desde lo que hay, Max Weber nos hace notar que en todas las construcciones teleológicas racionales operamos con "conceptos típico-ideales" que nada tienen que ver con la relación entre "hecho" y ley física<sup>44</sup>. La ley física expresa simplemente una normalidad que no es normativa, y su transgresión se vivencia como una mera "excepción": no sucede esto en las cosas humanas. En un tono muy abstracto el mismo Weber nos indica que "sobre el plano del conocimiento de los acontecimientos reales, esta "reelaboración" racional opera "exclusivamente" como construcción conceptual típico-ideal: nosotros confrontamos la acción efectiva con aquella que pueda haber guiado al actor y que nosotros intentamos descubrir... Pero en ningún modo llevamos a cabo un análisis "psicológico" de la "personalidad" con ayuda de algún instrumento particular, sino que efectuamos un análisis de la *situación* "objetivamente" dada con la ayuda de nuestro saber nomológico. Por consiguiente, la "interpretación" se resuelve aquí en el saber general de que nosotros podemos actuar "conforme a fines", en otros términos: que podemos actuar sobre la base de las diversas "posibilidades" de desarrollo futuro que cada acción (u omisión) posible podría tener"<sup>45</sup>. Dicho en un tono más asequible para una persona no iniciada en teoría sociológica: una cosa es un hecho y otra es una acción humana. La diferencia entre uno y otra reside en el carácter teleológico de la acción, que siempre es

44. "En *todos* los casos, la relación que tales construcciones teleológicas racionales tienen con la realidad elaborada por las ciencias de la experiencia no es, por supuesto, la misma que hay entre "leyes naturales" y "constelación", sino que es solamente una relación con un concepto típico-ideal que sirve para facilitar la interpretación empíricamente válida: los hechos dados son comparados con una posibilidad de interpretación, con un *esquema interpretativo*". Cfr. *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*, trad. de J. M. García Blanco, Madrid 1985, pág. 156. Las intensidades son de Weber.

45. *El problema de la irracionalidad...*, cit., pág. 155. Las intensidades son de Weber.

interpretada sobre el patrón de un concepto típico-ideal, objetivo, y en la que cuentan poco los elementos que provienen de las particularidades individuales. Es decir, incluso el sociólogo, cuando habla de "realidad" o de situación real, no la refiere a lo que empíricamente existe, sino a un tipo ideal de acción que funciona a modo de esquema interpretativo y valorativo de lo dado. Pero en tal caso se nos podría acusar de idealidad, de no tener en cuenta la realidad sino unos "ideales" que son distintos de los hechos que muestra la experiencia.

Sin embargo, un reproche así carecería de fundamento, porque no abandono el plano de la realidad para lanzarme por el terreno de la idealidad utópica. El problema es antiguo, y se centra en la noción de "acción humana", que poco tiene que ver con la de simple "hecho". El hecho es aquello que no da razón de su comparecencia; una acción es aquel acto que es necesariamente responsable, porque la acción tiene un "sentido". Si tenemos en cuenta el sentido *objetivo* de cualquier acción, como hace notar Weber, comprendemos que no hace falta ser un pensador con "ideales" o recurrir a extrañas filosofías morales para saber cómo el mecánico *debe* reparar correctamente la rueda pinchada del auto. La determinación de cómo el mecánico debe reparar *bien* el pinchazo, o de cómo el notario debe redactar bien la escritura, y la exigencia de que hagan bien estas cosas, no nos la proporciona ninguna instancia extraña a la cotidianidad. Si dejamos que las cosas hablen por sí mismas, normalmente la determinación de lo que "está bien" se desprende desde el sentido objetivo o típico de cualquier acción humana. Sucede que normalmente, y de forma inconsciente, funcionamos todos con "conceptos normativos": por ello, cuando se dice que "Juan es un mal profesor", los estudiantes no se limitan a registrar un hecho, sino que están además emitiendo una valoración.

Podríamos decir que la misma realidad nos presenta dos vertientes, una empírica (pensemos en el padre que maltrata a sus hijos), y otra real: el padre normal. Un padre *normal* (aunque tal

padre pueda u debe mejorar personalmente como padre) representa algo más que una realidad simplemente estadística o usual: la normalidad como padre es normativa, y por este motivo si el padre no se comporta con normalidad debe intervenir el juez para quitarle la patria potestad. En este punto corremos el peligro de que las palabras nos engañen. Porque una cosa es lo normal, y otra es lo usual, lo corriente o lo ordinario. Las estadísticas sirven para conocer qué es lo ordinario o usual, pero no siempre nos muestran lo que es lo normal. El mismo lenguaje cotidiano nos muestra las diferencias implícitas entre una noción y otra: lo contrario de ordinario o usual es "extraordinario", que a veces funciona incluso como un elogio. Lo opuesto a normal es "anormal", que ordinariamente se toma por un insulto. De hecho, ordinario o usual es sinónimo de vulgar, y todos deseamos estar rodeados de personas normales, pero huímos de los hombres vulgares. Es decir, lo ordinario, usual o vulgar no siempre coincide con lo "normal", por más que las palabras se asemejen. Lo realmente importante es que la "normalidad" es nuestro único criterio: un padre "ideal" no existe. Si una persona se encuentra mal, puede aspirar sólo a ser una persona normal, y esto es lo que intenta un médico traumatólogo o un médico psiquiatra. Dentro de la normalidad puede aspirar a mejorar, potenciando sus facetas positivas y encauzando las negativas. Puede suceder incluso que esa persona aspire a la santidad, pero la santidad necesariamente pasa por la normalidad: si no es así, estamos en presencia de un loco. Es decir, por usar una expresión de la psiquiatría alemana del siglo pasado: la actitud correcta es la de *Erhöhung der vorgegebenen Daseins*, esto es, la elevación de lo real empírico al plano de lo real correcto, elevar aquello que nos encontramos (vorgegebenen) a lo que esa cosa puede dar de sí, sin forzarla en su naturaleza.

### 3. *Una alusión a los bienes*

He hablado de unas situaciones tipificadas u objetivas, en torno a las cuales derivan las normas jurídicas. Estas situaciones son resultado de las *acciones* de los hombres: poseen una intencionalidad, no han surgido de un juego de dados. Procede preguntarse por esa intencionalidad o sentido.

Si existe una institución es porque con ella se pretende conseguir un "bien". Naturalmente, la pregunta inmediata es "un bien, ¿para quien?" La falta de sentido comunitario hace preciso que haya que ocuparse de estas cuestiones. Como no es momento de entrar más detalladamente en este tema<sup>46</sup>, podríamos decir que algo es un bien jurídico cuando es un bien para la comunidad o desde la comunidad. Una cosa es justa para mí solamente si es un bien para mí desde la perspectiva de la comunidad; si no es así, no estoy ante algo que para mí es bueno, sino ante una cosa "que me aprovecha". El mismo lenguaje ordinario distingue entre obtener un bien y aprovecharse.

De este modo, lo que cobra protagonismo es el bien al que tiende una institución. Todo bien jurídico determina la existencia de una institución jurídica: de hecho, lo que llamamos una "institución jurídica" no es más que un conjunto de reglas que tienden a hacer posible y real un bien determinado. Lógicamente, el fundamento de la corrección de esas reglas y de su uso, es ese bien que se quiere hacer realidad. En el momento de tocar el tema de la conducta correcta, el razonamiento se desliza insensiblemente hacia el bien protegido jurídicamente.

Estas observaciones presentan unas dimensiones antipáticas, ya que todo bien determina una heteronomía de la conducta individual, y hasta un cierto fastidio, porque resulta duro todo lo que dura: éste es uno de los principales problemas de cualquier institución. Puede suceder que se considere que la libertad de arbitrio

46. Vid. mi *Derecho y ontología jurídica*, cit., págs. 199 y ss.

es el bien protegido, como sucede en muchas ocasiones, pero también suele ocurrir que las exigencias propias del bien jurídico se opongan a las pretensiones de un individuo concreto: a muchos padres les molestan sus hijos pequeños, y a pesar de eso tienen el deber de educarlos.

Las instituciones no pueden ser el resultado del arbitrio o de una imposición interesada, parcial. Si una institución existe es porque consideramos que persigue un bien que se considera *necesario*: la necesidad la justifica. Obviamente, no se trata de una necesidad absoluta, física, sino "moral", en el sentido que se dice es necesario que exista una Universidad en tal ciudad. Además, como los hombres vivimos en situaciones históricas cambiantes, las nuevas situaciones demandarán la creación de nuevas instituciones y la supresión de las ya sin sentido. A veces nos encontramos con instituciones que sólo existen porque sirven a los intereses de algunos: éste es un caso de opresión. O que tuvieron una función en la historia que ya ha cesado, pero se siguen manteniendo porque benefician a algunos: es el mismo supuesto que el anterior.

#### 4. *El fundamento de la relación jurídica*

Todo hombre realiza su personalidad, y con ella su libertad, asumiendo las circunstancias históricas que le ha tocado vivir. Son estas circunstancias las que *determinan* (en el sentido hegeliano del término) sus competencias y deberes. Porque normalmente el deber no es anterior al derecho, ni éste a aquél: existe una relación vital en la que se persigue hacer realidad un bien humano, que es la que crea y determina simultáneamente los deberes y los derechos. Por esta razón Hegel destaca que no existe enfrentamiento entre la autonomía y el deber, ya que "el hombre tiene derechos en la medida en que tiene deberes, y deberes en la medida en que tiene

derechos"<sup>47</sup>. Es posible que esto no sea literalmente cierto, porque existe ese peculiar ámbito vital de libertad que protegemos con la figura de los derechos subjetivos; pero la intuición hegeliana es aprovechable.

Hablo de los "derechos subjetivos" porque además de los derechos de la personalidad que vienen protegidos en cualquier código de derecho penal, los hombres estimamos especialmente nuestra libertad de arbitrio. Si siempre y en todo caso se nos impusiera la necesidad, a veces fría, de las objetividades morales y jurídicas, cada persona podría sentirse como un insecto preso en una tela de araña. Por este motivo el Derecho siempre ha reconocido de diversas formas la libertad de cada hombre creándole un ámbito reservado que se llama derecho subjetivo. Lo específico de este tipo de derechos es la irresponsabilidad: yo puedo hacer lo que quiera con mi televisor: usarlo o no, ver un canal u otro, etc., y nadie puede exigirme responsabilidades. En este terreno del Derecho lo único exigible es "no molestar" a los demás, la *Enthaltung* de que hablaban los discípulos de Kant. Sucede que la libertad de arbitrio es un bien omnipresente, que reclamamos prácticamente bajo todas las circunstancias. Se encuadra bajo los que podemos llamar "bienes constantes": la igualdad, la limpieza, la rapidez, etc., que son cualidades de los actos humanos que exigimos siempre. Aunque estos bienes constantes tienen una naturaleza en cierto modo residual, porque son recortables a tenor de las circunstancias: no puede exigir la misma limpieza un albañil que un bancario, ni la misma libertad un funcionario que un profesional liberal. Pero esta naturaleza residual no obsta a su condición de verdaderos derechos si no existe motivo realmente suficiente para su limitación.

Pero normalmente existe una facultad o "derecho" cuando una persona se encuentra en una situación en la que *debe* ejercer unas competencias, normalmente según su criterio, para cumplir con sus

47. *Introducción a la filosofía del Derecho...*, cit., párrafo 155.

obligaciones. El derecho o competencia es en estos casos inseparable del deber; en este punto tenía razón Hegel, porque es el deber (el de perseguir un bien determinado) el que crea la competencia que se suele llamar "derecho".

Nos movemos en una situación concreta, por ejemplo, ser universitario, sea como alumno o profesor: la naturaleza de la situación crea y determina el alcance de las facultades de cada cual. El alumno tiene derecho a ser enseñado, y puede exigir en este sentido determinadas conductas de sus profesores. Pero el profesor no puede exigir a sus alumnos que le laven su coche, porque esta exigencia queda fuera de la naturaleza de la relación vital-jurídica que les une. Vemos, pues, que se poseen competencias o se es incompetente, y esto no se calcula por pactos o convenios, sino por lo que demanda la naturaleza de la relación jurídica. Lo que cada cual puede exigir, o ser exigido, no siempre está claro, porque interviene la discrecionalidad de cada uno; pero supondría demasiada superficialidad equiparar discrecionalidad con arbitrio. Un funcionario puede denegar una beca, por motivos que él aprecia discrecionalmente y que expone razonadamente; pero no puede denegarla arbitrariamente.

La discreción es, por tanto, cosa distinta del arbitrio: más que con "el quiero o no quiero" se relaciona con la prudencia, y cualquiera puede incurrir en responsabilidad por imprudencia, cosa impensable en el arbitrio. Poseemos competencias más o menos discrecionales que constituyen simultáneamente nuestras libertades y nuestros deberes: por eso un profesor puede afirmar que él tiene derecho a dar las clases que tiene obligación de dar. Si no tuviera tal obligación, seguramente no podría alegar ese derecho. Una confusa intuición de la noción de *oficio* (del latín "officium") hizo que a comienzos de siglo se acuñaran frases como las de "no reconozco más derecho que el de cumplir con mi deber", y otras por el estilo, que son ciertas sólo parcialmente. Y es que la situación o institución, que gira en torno a un bien, por ser el

origen del Derecho, crea al mismo tiempo las competencias, que suelen ser deberes.

Es decir, no siempre existe un derecho separado de un deber: ambas categorías se insertan en el marco de la "competencia" concreta de que se trate. En estos tres últimos siglos se ha escrito mucho de las libertades y derechos fundamentales, como la libertad de expresión, por ejemplo. Pero sería complicado determinar hasta qué punto la libertad de expresión es una dilatación de la libertad originaria personal: en una primera aproximación al tema –que es digno de un estudio más extenso– lo único que se puede afirmar es que todo hombre tiene derecho a expresarse porque cualquiera tiene derecho a recibir la verdad. El acento recae tanto sobre los derechos de las personas como sobre la objetividad de la verdad: libertad de expresión no puede ser el derecho a decir lo que se quiera, porque entonces el que habla podría encontrarse justificadamente con una denuncia por falsedad, calumnia, etc. Incluso podría pensarse que si las personas tienen derecho a expresar y recibir la verdad, esto se debe a que primero existe la verdad: entonces las personas estarían en función de lo que es verdad, no al revés. Pero el tema es mucho más complicado, en parte porque la verdad existe para los seres humanos, y en parte porque los hombres no solemos ser portadores de verdades objetivas y solemnes: nos movemos normalmente en el campo de las cosas opinables.

La estructura del bien jurídico determina el alcance de la competencia jurídica. En las facultades que van más allá de los simples derechos subjetivos, estas facultades vienen concretadas y determinadas en su alcance por el bien jurídico que las hace existir. Cuando alguien, porque conviene a su interés o porque él se cree "libre", desliga sus competencias de esa fundamentación –y circunscripción, al mismo tiempo– entonces actúa arbitrariamente e incurre en la figura del "abuso del derecho". No existen derechos absolutos, y esta falta de "absolutez" no existe tanto porque los derechos estén *limitados* (¿?) como porque están fundamentados: el

fundamento del derecho determina el alcance del mismo. Claro que si se parte del postulado de que los derechos son absolutos, entonces en un segundo momento es preciso declarar sus "limitaciones". El problema es que entonces no sólo no quedan claras cuales son esas limitaciones sino que, con el tiempo, se acaba cuestionando el derecho mismo, como enseña la experiencia. Tal cosa sucedió con el derecho de propiedad en el siglo pasado.

### 5. *Lo mutable y lo inmutable*

No todos los criterios sobre la justicia que nos proporciona la normalidad social provienen de circunstancias históricas y variables. La realidad social que interesa al jurista está compuesta por dos órdenes de exigencias: las que son siempre así y no pueden ser de otra forma, y las que varían con el tiempo de acuerdo con el convenio de los hombres.

Con respecto a las primeras, comprendemos que nunca puede ser admisible un militar pacifista, un magistrado que no pretenda hacer justicia o un médico que no se preocupe por la salud de sus pacientes. Necesariamente el militar, el juez y el médico tendrán una médula de deberes invariables en la historia. Ya aludí a que todas las profesiones presentan unas exigencias específicas que, de no ser obligatorias para sus titulares, harían desaparecer la profesión misma. Lo mismo se puede decir de la mayor parte de las instituciones jurídicas, que tienen una razón de existir que determina lo que se puede hacer.

Sin embargo, los modos o cauces que los hombres han encontrado para hacer realidad su dignidad y su humanidad, han variado en la historia: por ejemplo, el derecho de familia ya no se entiende por lo general como lo entendieron los romanos. Pero este tema nos introduciría en el de la historicidad del Derecho, al que ya

he aludido en otros momentos<sup>48</sup>. Además, existen muchas concreciones que no afectan al meollo de los bienes jurídicos: las regulaciones administrativas y políticas que determinan las condiciones sociales, económicas, etc., de los jueces, abogados o notarios no tienen por qué permanecer fijas en la historia.

La historicidad viene también de la mano del cambio de las circunstancias. En estos dos últimos siglos, que han sido de fuerte progreso técnico, ha habido que crear figuras jurídicas nuevas. Pero el cambio no es arbitrario: siempre habrá un bien a proteger, y si el bien sale perjudicado con un cambio legislativo o jurisprudencial, entonces es que ese nuevo derecho está mal hecho. Si con una reforma del Código de circulación baja la seguridad en el tráfico, entonces hay que concluir que tal reforma es regresiva, nociva; aunque nuestra mentalidad, moldeada todavía en parte por la idea de que lo nuevo es lo mejor, es reacia a admitir que lo más nuevo pueda suponer un retroceso cultural. Además, también varían los gustos de los hombres, su talante ante la vida, y este cambio determina igualmente otro cambio en las instituciones. Pero el hombre debe cuidarse de destruirse a sí mismo, o de vivir peor: el crecimiento del sentimiento de la individualidad ha sido imparable desde el siglo XVI hasta hoy. Pero si un individualismo excesivo lleva a descuidar las instituciones que nos permiten vivir *bien*, entonces convendría revisar, al margen de doctrinarismos, en donde reside el bien de las personas.

Nos encontramos ante un tema complejo, porque por lo general no tenemos a mano criterios absolutos para medir la corrección de la variabilidad de las instituciones. "La razón práctica –nos indica Inciarte–, en continuo proceso de enderezamiento, no conoce razón, sino razones. La decisión teórica es directa: se ve o no se ve... La decisión práctica es indirecta: salvo en casos extremos, para todo hay argumentos en pro y en contra. El enderezamiento de la razón práctica se opera sopesando las ventajas y los incon-

48. Vid. *Derecho y ontología jurídica*, cit., págs. 147 y ss.

venientes, pasando de las unas a los otros y del pro y el contra de una posibilidad al pro y el contra de otra. Y, salvo casos extremos, es ella misma –la razón práctica como querer razonante– la que inclina la balanza, más que las razones aducidas. Porque la alternativa fundamental en la Moral no es la del bien y el mal. Ésta es más bien la alternativa extrema. La alternativa fundamental es la de lo mejor y lo peor<sup>49</sup>. Es la voluntad como razón práctica la que con frecuencia lleva la voz cantante en el cambio histórico de las instituciones. Descartado el peligro de un relativismo arbitrario, queda el otro peligro que describe también Inciarte: "En una palabra, el peligro es entonces considerar al Estado o, en general, al estado existente de cosas en una comunidad histórica determinada, como la norma suprema de moralidad que hay que hacer observar y guardar por todos los medios. Por esto, no resultan sorprendentes que los intentos de aumentar la virtud y la felicidad por vía del Estado... han surtido tantas veces el efecto contrario: el aumento del dolor y la debilitación de las reservas morales del individuo"<sup>50</sup>.

#### D. OTRAS REFLEXIONES SOBRE LIBERTAD Y DERECHO

##### 1. *La realización de lo existente*

Anteriormente aludí al hecho normativo de que cada persona ha de asumir el momento histórico y vital concreto que le ha tocado vivir. Este "deber" no está claro, y muchos experimentan más una sensación de forzamiento o doblegamiento que no de deber moral. Es decir, muchos hombres experimentan un cierto desgarrón en su vida porque por una parte vivencian aquello que querrían ser y de otro lado está lo que la vida concreta les limita a ser. El problema

49. "Sobre la verdad práctica", cit., págs. 212-213.

50. "Sobre la verdad práctica", cit., págs. 192-193.

es complejo, más en la sociedad capitalista de hoy, y quizá lo que más destaca en él es la sensación que viven muchas personas de no estar realizando su propia vida, sino que como indica Agnes Heller, el sujeto, en la vida cotidiana, se siente "objetivado" o se pierde en un proceso en el que se produce un desdoblamiento de su personalidad, ya que él llega a ser exterior a él mismo porque sus capacidades, puestas al servicio de empresas externas a él, comienzan a vivir una vida propia, independiente de él<sup>51</sup>. Con frecuencia la realidad es aun peor. No le faltaba cierta razón a Carlos Marx cuando reconocía que el resultado del trabajo se alza hostil y extraño (*fremd und feinlich*) contra el propio trabajador: muchas personas trabajan al servicio de su propia explotación<sup>52</sup>.

El conjunto de la obra de la "Escuela de Frankfurt" pretende hacernos conscientes, entre otras cosas, de esta objetivación y *alienación* del hombre, y mantiene que aunque pueda proclamarse —como de hecho se hace— la soberanía del hombre sobre el mundo y las cosas, tal afirmación es la mayor falacia de nuestra Antropología. Porque el hombre actual es, de hecho, más un sometido, un sujetado, que no un sujeto. Más aun, es un ser "construido" por diversas estrategias, fundamentalmente las comerciales.

Todo esto es cierto, y el problema es cómo conjugar la dignidad y la libertad con la necesidad. Queda abierto el problema de cómo modificar la sociedad existente para hacerla más humana: una persona con sensibilidad no puede encontrarse a gusto aplastado entre el Estado y el Mercado, como los hombres del siglo XIII tampoco podían estar conformes con el régimen feudal que entonces existía en Centroeuropa. Cada época histórica plantea sus propios problemas, y sería imposible siquiera diseñar intelectualmente la sociedad realmente humana, ideal. Esto último lo intentaron los pensadores utópicos, y fracasaron porque un exceso

51. Cfr. *Sociología de la vida cotidiana*, trad. de J.F. Ivars y E. Pérez Nadal, Barcelona 1977, pág. 96.

52. Vid. *Marx-Engels Werke*, Institut für Marxismus-Leninismus, Berlin 1958, vol. I, pág. 512.

de teoría es una mala teoría. El tema es que ahora nos encontramos mal, y los hombres, me atrevería a decir, siempre se han sentido mal: ninguna novedad. Lo que permanece es tanto el esfuerzo por mejorar lo existente como el deber de convivir.

Precisamente, el fallo de la teoría moderna ha estado en su falta de solidaridad, en haber sustituido la convivencia por la coexistencia. Así se lo reprocharon los románticos, y de ahí brotaron violentamente los movimientos socialistas del siglo pasado. Si la libertad se concibe al modo de la tradición liberal moderna y contemporánea, entonces los términos libertad y realidad —es decir, arbitrio y derecho— son irreconciliables. Pero si dejamos de lado la visión liberal del problema, que preferentemente conduce al rechazo de lo positivo, de lo existente (como cualquiera observa especialmente en un plano personal), las relaciones entre persona y realidad no son tanto de imposición como de acogimiento. Es cuestión de ejercer la libertad. Sergio Cotta nos indica que un sitio que no es libre, es decir, un hombre no-libre, no está en condiciones de acoger, por lo que para instalarse en tal sitio es preciso requisarlo. Por este hecho la persona que no ejercita su libertad y se limita a permanecer a la defensiva, no acoge, sino que sufre la necesidad que le es impuesta. La sensatez debiera enseñarnos a todos, prosigue Cotta, que es preciso que nos restituyamos la dignidad, es decir, la libertad a nuestros actos. Pensemos que lo que distingue a la conciencia del instinto es que la primera es libre, por lo que puede acoger la necesidad que le es impuesta. La conciencia, por tanto, no se limita a "sufrir" al otro, sino que va a su encuentro, discierne y finalmente valora aquellos actos en los que ella se expresa<sup>53</sup>. Se trata de dos posturas a evitar: el conformismo fácil y la rebeldía: un hombre inteligente sabe realizarse él mismo sin perder su propia personalidad y sin caer en una rebeldía estéril.

53. Cfr. *Itinerarios humanos del derecho*, trad. de I. Peidró, Pamplona 1978, págs. 69-70.

Todo hombre está condicionado. En una primera aproximación al problema, todos somos conscientes de nuestros condicionantes biológicos: no tenemos alas para volar, como los pájaros. Además, los condicionantes afectan a los planos social, profesional, económico, político, etc. Pero lo que cabe plantearse es: ¿se trata de factores condicionantes, limitantes, o se trata más bien de factores posibilitantes? Yendo al fondo del problema: mi "yo concreto", ¿es mi forma de "ser", de estar-en-el-mundo, o es mi enemigo? Si uso mi inteligencia y no caigo en una actitud depresiva (las depresiones colectivas son muy frecuentes, como destacó Nietzsche), soy consciente de que me tengo a mí mismo, tal como soy: éste es realmente mi único patrimonio. Una persona envidiosa puede odiar a otra porque esa otra tiene más dinero, más poder social, o simplemente porque está sana. Pero la envidia, cuando rebasa un cierto nivel, es una patología psiquiátrica más; y aun cuando no llegue al nivel de patología, es un estorbo en el mejor de los casos. Esto lleva a pensar que debemos cuidarnos de no explotar la envidia colectiva: no en vano Max Scheler tituló una de sus obras más conocidas "El resentimiento en la formación de la Moral". Es decir, cualquier persona posee un solo patrimonio y ése es él, que es una mixtura de un cierto grado de salud, inteligencia, capacidad de voluntad y posibilidades económicas y sociales. No hay otro punto de partida ni otra realidad que mejorar. Es preferible que nos restituyamos la dignidad y la sensatez, como indicaba Cotta. Naturalmente, estas observaciones sirven para la vida cotidiana, normal, que es la que contemplo siempre, porque hay situaciones de injusticia extrema en las que cualquier ser humano ve impedida la realización de su humanidad. Pero no es lícito confundir esos casos extremos con la injusticia cotidiana en la que todos trabajamos y vivimos.

Porque sucede que, normalmente, cuando una persona se afirma ella frente a la realidad, más que de libertad hay que hablar de arbitrio. El peor enemigo que tienen los hombres son los mismos hombres, y Hegel ya destacó que el enemigo más

peligroso de un ser humano es él mismo. El afán de autonomía que se concreta en la resistencia a la determinación de la voluntad desde una instancia externa, suele llevar a que un hombre incumpla sus deberes, a que quede preso de la voluntad "abstracta", como la llama Hegel, que es irracional porque normalmente está *determinada* por impulsos irracionales, y se concreta en la arbitrariedad, en el capricho, en la terquedad. Por esta razón explica este filósofo que "el deber puede aparecer como *limitación* solamente frente a la subjetividad indeterminada o la libertad abstracta y frente al impulso natural. Pero el individuo encuentra en el deber más bien su *liberación*, ya sea frente a los impulsos naturales, ya frente a la subjetividad indeterminada"<sup>54</sup>.

Son dos temas algo distintos: la resistencia frente a la realidad, en principio heterónoma, y la resistencia instintiva al esfuerzo impuesto. Distintos, pero se presentan unidos en la praxis vital personal. Con respecto al primero, diría, repitiendo la frase de Hegel, que "nadie puede salirse de su propia piel", aunque todos podemos hacernos intelectualmente la ilusión de que somos "libres". Hablo de ilusión porque normalmente la persona que rechaza la realidad en nombre de sus propias ideas o sentimientos no suele ser consciente de sus condicionantes: todos nosotros somos fundamentalmente el resultado y el producto de diversas tradiciones que discurren paralelas en nuestra sociedad, y tan tradicional y tan epígono es el hombre de talante conservador como el que se sitúa en sus antípodas en nombre de la emancipación o de la liberación del género humano. Puestos a optar, la dignidad enseña que es preferible ser uno mismo que no un simple seguidor de una tradición conservadora o más moderna. Pero como las ideas están en el aire, en el ambiente, y penetran como por porosidad en el ser humano, es difícil que alguien advierta que lo que vivencia como lo más íntimo de su personalidad, que él cree su individualidad irrepetible, es tan sólo un calco sin originalidad de lo

54. *Principios...*, cit., párrafo 149. Las intensidades son de Hegel.

que ya ha sido escrito y propagado desde hace tiempo. Por lo que hace al segundo tema, es fácil advertir que un deber –el que sea– nos saca de la cárcel de nuestro propio yo y nos abre a los demás. La experiencia demuestra que las personas que pueden hacer "lo que quieran" (¿?) porque su egoísmo fundado en sus recursos les permite evadirse de cualquier incomodidad impuesta, suelen acabar mal, en un médico en el mejor de los casos.

En esta unión de la subjetividad del individuo con la objetividad de la exigencia práctica es donde el hombre hace real su libertad, porque la libertad, más que un punto de partida suele ser un resultado: el individuo llega a ser libre cuanso se desarrolla como tal, con sus condicionantes concretos. De este modo, aunque toda persona viva en tensión porque de un lado posee su yo, en principio egoísta –lo que corresponde al *bourgeois*– de otro lado es un *citoyen*, que posee un yo solidario capaz de penetrar en las exigencias prácticas que hacen que efectivamente ejerza su libertad. Al colaborar en estas exigencias, el sujeto trasciende su subjetividad y se une a un esfuerzo que en la medida en que perfecciona a la especie, a la comunidad en la que él vive, perfecciona a los demás y se perfecciona a sí mismo. Esta superación del simple "yo" (que suele ser una voluntad guiada por la apetición inmediata) para ponerse, a través del Derecho, en colaboración con los demás, constituye una de las manifestaciones más importantes del amor. De ahí que la ordenación social, orientada más o menos a perseguir bienes concretos, sea una condición de la libertad. Por eso se dice a veces (en ocasiones fuera de contexto) que "la libertad consiste en obedecer a las leyes".

## 2. *Libertad en la sociedad o libertad política*

Normalmente la libertad jurídica viene constituída por un bien social respecto del cual el titular de esa libertad es competente, porque le concierne muy directamente. La mayor parte de los

bienes sociales que los hombres intentamos alcanzar han de ser perseguidos privadamente. Al escribir "privadamente" quiero indicar que el titular de esa competencia es una persona concreta, con exclusión de las demás: así, los titulares de los deberes y competencias de la educación de los hijos son los padres. Los demás o la sociedad sólo intervienen subsidiariamente. Porque el hecho de que estas competencias únicamente puedan ser ejercidas por las personas competentes no implica que la sociedad las abandone: el Derecho siempre habrá de ocuparse de que los niños sean educados adecuadamente por sus padres. Es decir, la sociedad se limita a asegurar que los titulares de cada competencia cumplirán sus funciones. En el supuesto extremo de incumplimiento, la comunidad impondrá penas a los irresponsables e intentará suplir lo que no hicieron los titulares de cada oficio.

Sin embargo existe una interesante excepción a este planteamiento: existe un bien por el que todos los ciudadanos somos responsables, y éste es la comunidad misma. A diferencia de los bienes que se persiguen privadamente aunque tengan relevancia social (si no, no serían bienes jurídicos), la gestión de la comunidad nos concierne más o menos directamente a todos porque todos los ciudadanos somos responsables por ella. En la práctica cotidiana, esta corresponsabilidad sin excepciones se observa en el hecho de que, por ejemplo, todos pagamos impuestos. La comunidad política es, pues, asunto de todos: todos tenemos frente a ella competencias y deberes.

Sería muy problemático alegar algo así como un derecho originario para participar en los asuntos públicos, a no ser que entremos otra vez por el camino de las ficciones. Ciertamente, siempre se puede alegar que el artículo 14 de la Constitución declara la igualdad de los ciudadanos. Pero el problema que nos interesa es *por qué* declara esta igualdad. Unos tienden a pensar que todos los hombres somos iguales porque todos tenemos la misma dignidad, etc. Esto me parece parcialmente cierto, porque es verdad, pero no se adecúa muy bien a la realidad que consi-

deramos: los hombres somos iguales según y cómo: un notario no puede suplantar a un funcionario de Hacienda alegando esta igualdad, y yo no puedo arrogarme las funciones del Ministro de Agricultura indicando que todos los seres humanos somos iguales. El fundamento último de todos los derechos es la personalidad, en la que todos participamos igualmente; pero normalmente el Derecho requiere títulos más concretos para reconocer competencias. Me parece que lo realmente originario que existe en este tema, y éste es el *título* que cualquiera puede justamente alegar, es que estamos en el mismo barco, que todos somos igualmente ciudadanos. Todos somos responsables (activa y pasivamente) de la marcha de la comunidad, y por tanto cada cual posee realmente obligaciones y competencias cara a la gestión de la cosa pública. De ahí que tan realmente existentes sean las competencias para participar en la gestión pública como los deberes que origina esta responsabilidad. Como sucede en todos los *oficios*, los derechos y deberes se dan *uno actu*, sin que quepa apreciar prioridad cronológica de unos sobre otros.

El discurso político más al uso habla de las exigencias propias de un Estado democrático, etc. Éste es un camino peligroso, porque implica y se fundamenta en un exceso de retórica. Con la misma razón Mussolini hablaba de las exigencias del Estado fascista y los antiguos Estados socialistas usaban expresiones similares. Lo procedente es preguntarse por qué podemos y debemos exigir participación en los asuntos públicos, y esto no tiene respuesta con una frase hecha.

Estas competencias que poseen los ciudadanos –a las que podemos llamar "derechos" siempre que no confundamos esta noción con la figura del derecho subjetivo– vienen fundamentadas y medidas por las exigencias sociales. Volviendo al tema, tengamos presente que los "derechos" de los ciudadanos no se agotan en depositar su papeleta en la urna cuando hay elecciones: éste es el derecho primero, el más llamativo. Una vez constituido el gobierno de la sociedad, cada ciudadano es un miembro de ella, un

*Genosse*, que no puede limitarse a soportar pasivamente una dictadura elegida voluntariamente. Al elegir gobierno, el ciudadano deposita algunas responsabilidades en el gobernante, pero él mismo sigue siendo responsable de la marcha de la comunidad y su participación en los asuntos públicos no puede reducirse a exigir eventualmente responsabilidades a los que gobiernan.

No estamos ante un derecho subjetivo, esto es, inmotivado o arbitrario, sino que el ejercicio de los derechos públicos encuentra su razón de ser y su alcance en las exigencias del bien concreto que en ese momento se trata de hacer realidad. Es fácil comprender que los derechos políticos no son derechos absolutos, ni renunciables, ni arbitrarios: quien los entienda así y posea de hecho responsabilidades públicas realizará una actuación arbitraria, y por ello antisocial, injusta.

Somos responsables "todos" por la marcha de la comunidad política, y esto implica que nadie puede arrogarse el privilegio de decidir él por los demás, de monopolizar las decisiones sociales en nombre de las exigencias políticas. Éste es un problema delicado porque suele ser uno de estos temas en los que el discurso está a medio camino entre el mítin y la homilía, como suele decir Ollero. Desde que comenzó la Edad Contemporánea, la sociedad política se concibe preferentemente como un "todo" sin fisuras con una guía única: es el tipo de convivencia que se llama "Estado", que comenzó a hacerse realidad en España hacia 1840. El Estado se desliza con facilidad hacia los totalitarismos porque su entraña es en cierto modo totalitaria: basta leer a Rousseau. Con la ayuda de conceptos de Derecho constitucional y político creados *ad hoc*<sup>55</sup> ese peculiar estrato social y profesional que está constituido por la

55. Hans Triepel advertía que "No hay duda –y le ruego a ustedes, señores colegas, que lo tengan siempre presente– no hay duda alguna de que muchos de los conceptos y axiomas del Derecho público que circulan con la veste de lo puramente jurídico, no son otra cosa que formas de expresión de tendencias políticas, esto es, de tendencias políticas de los partidos". Cfr. *Derecho público y política*, trad. J.L. Carro, Madrid 1974, pág. 76.

clase política intenta reservarse el máximo de capacidad sobre las decisiones posibles, e intenta convencer a los ciudadanos de que si uno posee alguna competencia pública (la creación de una Universidad, por ejemplo) ello es por aprobación y *concesión* del Estado, es decir, de la clase política. Nadie duda de que la comunidad, representada hoy por el Estado, debe garantizar que los padres no abusen de sus hijos o que los centros de enseñanza tengan una calidad mínima. Pero sustituir esta función garante por un protagonismo directo supone desconocer lisa y llanamente una fuerte vertiente de los derechos de los ciudadanos. En la sociedad política actual se habla de fomentar la integración de los ciudadanos, la responsabilidad cívica, etc., pero un examen atento de la realidad nos muestra que todo se queda en lo que podríamos llamar una responsabilidad *pasiva*, que se traduce simplemente en la exigencia de pagar los impuestos y en un cierto afán por ganarse el voto del contribuyente. Esta responsabilidad pasiva excluye las iniciativas sociales porque el *staff* dirigente del Estado ve con malos ojos todo aquello que le quite protagonismo a él. Igual que en el siglo XII se precisaba una "gracia" del Rey para emprender algo, hoy se necesita una concesión del Estado: en este punto de la libertad política hemos avanzado poco históricamente.

Esa dimensión de la libertad que se manifiesta en la participación de cada persona en la creación continua e ininterrumpida de la sociedad en la que él vive tropieza frecuentemente, como indico, con el poder consolidado, que no quiere reconocer que aunque la vida humana se desarrolla normalmente a través de situaciones repetidas y típicas, la libertad no se agota en aceptar libremente lo ya existente. Que cada hombre debe tener la posibilidad real, que viene exigida por su dignidad, de enriquecer la vida social con las aportaciones de su personalidad irrepetible. Cuando la persona se encuentra encuadrada, reducida y limitada por un marco social y político en el que ella es una pieza inerte y sin iniciativas, entonces estamos ante una de las peores tiranías para el ser humano.

El problema es difícil incluso de abordar porque estamos ante mentalidades muy consolidadas. Las personalidades fuertes originan miedo en algunos, porque muchas personas tienen miedo a las desigualdades y cree ver en la igualdad ante el Estado un garantía de su futuro y de su libertad, porque estaríamos sometidos al Estado pero seríamos libres frente a los demás. Parece que basta contemplar el funcionamiento de la Administración pública hoy en cualquier Estado para comprobar que la garantía de igualdad y libertad es ilusoria si se persigue por este camino. Sin embargo, aquella esfera en la que las personas se manifiestan como tales al margen del Estado, que podemos llamar convencionalmente "sociedad", es vista con desconfianza. La entraña tácitamente totalitaria del Estado ha tendido a fundir las manifestaciones de la vida social con las estructuras estatales, de modo que toda manifestación social debe quedar politizada o, mejor dicho, "estatalizada". En los años en que dominó más fuertemente el totalitarismo democrático (en el Estado) se entendió que la única libertad posible era la "libertad política", la posibilidad de participar en las estructuras políticas consolidadas y oficiales y, desde ellas, intentar hacer realidad el empeño perseguido: nada debía quedar al margen de la política. En palabras de Böckenförde, la libertad queda reducida a la facultad de participar en la vida política estatal, a lo que un sector de la doctrina alemana llamó la *demokratische Miteinwirkung*<sup>56</sup>. Y del mismo modo que nadie puede forzarme a creer en la Iglesia Católica o en alguna otra confesión religiosa, nadie puede tampoco a forzarme a creer y a participar necesariamente en un determinado partido político: libertad política no es lo mismo que juegos de partidos. Los partidos políticos cumplen una función, y no agotan en modo alguno todas las manifestaciones de la vida política. Éste es hoy un problema crucial: situar

56. Vid. la interesante exposición de Erst-Wolfgang Böckenförde en "Die Bedeutung der Unterschied von Staat und Gesellschaft im demokratischen sozialstaat der Gegenwart", en *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, págs. 339-413.

a los partidos en su sitio y destacar la libertad de la vida de las personas, que no tiene por qué ser partidista ni discurrir por el cauce necesariamente estrecho y limitante de un partido. Actualmente se necesita perentoriamente una doctrina universitaria que explique la función restringida de los partidos en la vida política democrática: porque no podemos seguir confundiendo participación política con actividad de partidos. Temo que si han entrado en crisis los partidos políticos, y con ellos fuertes dimensiones de la praxis democrática actual, esto se ha debido a que hemos exigido a los partidos más de lo que realmente pueden dar de sí.

### 3. *El subjetivismo jurídico*

Los condicionantes históricos nos fuerzan a que cuando hablamos de libertad referida al Derecho, haya que tocar la figura del "derecho subjetivo", que sería la categoría jurídica en la que más claramente se expresa la libertad humana. Esos condicionantes históricos a que aludo ya los conocemos: la Modernidad redujo toda manifestación *legítima* del Derecho a un conjunto de expresiones de libertad de la "persona", y hoy vivenciamos esta libertad como lo más constitutivo de nuestra dignidad. Pero es preciso afrontar el tema sin complejos ni prejuicios, y para ello hay que reconocer ante todo que una cosa es la mentalidad individualista en el Derecho, y otra es la figura del derecho subjetivo. Porque si rechazo la falta de sentido de la realidad que es inherente al subjetivismo, no por esto rechazo o minusvaloro la noción de esta manifestación del derecho que es cada derecho subjetivo.

El tema se ha vuelto hoy muy enrevesado porque más o menos conscientemente cualquier persona actual hace arrancar sus vivencias y razonamientos desde la idea de una "libertad en general" originaria, de forma que vivencia cualquier norma como una constricción de esa libertad suya. Las ideas de Kant, trivializadas (porque Kant es un autor bastante complejo), han contribuido a

popularizar incluso en las Universidades esta forma de sentir. Así, por ejemplo, Charles Fried nos indica que "no conozco una norma de valor más allá del hombre, ni conozco nada más valioso en el hombre que su capacidad de reflexionar sobre cómo debería ser su vida, y actuar conforme a la conclusión de esas reflexiones. Esto es una síntesis sencilla de lo que quiso decir Kant cuando llamó al hombre un ser moral y definió la naturaleza moral como libre y racional"<sup>57</sup>. Estoy de acuerdo con la primera parte de la tesis: si escribo estas páginas es porque pienso en la libertad personal del hombre, que pasa necesariamente a través de su libertad. Pero, en la medida en que creo conocer la obra kantiana, me parece que atribuye al bueno de Kant una tesis que él no expresó tan rotundamente.

El tema, como indico, es espinoso porque hoy toda persona vivencia ante todo su libertad. Kant acuñó muy matizadamente la fórmula según la cual "toda persona es un fin en sí misma" (la tesis del *Selbstzweck*), pero el entendimiento que ya sus discípulos dieron al *Selbstzweck* a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo siguiente marca la diferencia entre una persona inteligente y otras que no saben matizar<sup>58</sup>, y el problema es si el entendimiento vulgar de la tesis del "autofin" es viable.

Me parece que si examinamos más de cerca este problema nos encontraremos ante una aporía, resultado de un mal planteamiento. La vida personal y la vida jurídica se componen de muchos problemas muy concretos en los que la afirmación del hombre como fin en sí mismo no encuentra aplicación. Esta tesis puede ser interesante si la referimos a algunas libertades fundamentales del individuo (de conciencia, de pensamiento, etc.) pero no suele encontrar aplicación en los miles de instituciones jurídicas que componen el Derecho y al filo de las cuales se desarrolla nuestra

57. "¿Es posible la libertad?", en *Libertad, igualdad, derecho*, trad. de G. Valverde, Barcelona 1988, pág. 96.

58. Sobre la turbamulta de los kantianos en esta época, vid. *La Cabeza de Jano*, págs. 43 y ss. y 224 y ss.

vida cotidiana. ¿Por qué, entonces, tantos libros y teorías que la recogen? Yo pienso que aquí sucede algo parecido a lo que hace posible los *reality shows*: un problema real y cotidiano como el que nos ocupa hoy a usted y a mí no le interesa a nadie. Pero algo complejísimo y morbosos que posiblemente nunca nos ocurrirá en la vida ni a usted, lector, ni a mí, apasiona al gran público. Un libro de teoría de la Moral y de la Justicia que se ocupe de "nuestra vida" (que es necesariamente vida cotidiana) interesa poco al público, incluso al universitario. Pero un libro que haga declaraciones *épatantes* acerca de la dignidad del hombre puede conseguir que se constituya toda una asignatura en torno a sus tesis: es interesante aunque sirva de poco a la práctica cotidiana de los miles de abogados, notarios o jueces que trabajan en Europa, que se ocupan de temas muy concretos. Y en todos estos temas, el *Selbstzweck* o mi libertad originaria o mi libertad en general, ni entra ni deja de entrar.

El tema así planteado, el de la libertad, nos lleva a otros dos: el de las libertades fundamentales que se llaman derechos humanos, y el del derecho subjetivo. El primero prefiero dejarlo ahora de lado, porque nos llevaría demasiado lejos. Vamos a centrarnos en lo que se llaman "derechos subjetivos".

#### 4. *Derechos subjetivos y bienes constantes*

Desde hace tiempo se viene entendiendo que allí donde existe una posibilidad de hacer, reconocida o respaldada por el Derecho, hay un derecho subjetivo. No parece que esta forma de ver las cosas ayude a analizar la realidad, porque quedan metidas en el mismo saco cosas tan distintas como el poder arbitrario (derecho) que yo tengo sobre mi televisor como el derecho a dar mis clases. No se pueden equiparar ambas realidades porque yo puedo hacer lo que quiera con mi aparato de televisión, sin responder ante nadie; pero no soy tan irresponsable por lo que haga con mi

docencia: la "libertad de cátedra" no es un coto para mi arbitrio. Es decir, no todo derecho es un derecho subjetivo, porque parece que lo específico del derecho subjetivo es la irresponsabilidad.

A veces se piensa que "todo lo que no está expresamente prohibido está permitido": el ámbito de los "derechos" sería el de la permisión negativa. En esta visión de los derechos hay parte de verdad, porque en el inmenso campo de las normas penales sí rige el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Pero los penalistas alemanes del siglo pasado que elaboraron "filosofías del derecho" o "teorías generales del derecho" nos han hecho un flaco servicio al filtrar todo el mundo jurídico por el estrecho prisma de las categorías penalistas. Porque podemos observar que una simple y triste ausencia de norma no parece fundamento suficiente para crear un verdadero derecho: Laporta indica que sólo existe un derecho cuando existe positivamente una norma o deber para los otros de abstenerse de interferir en las acciones emprendidas en el ámbito de lo no regulado<sup>59</sup>. Efectivamente, la simple ausencia de normas no crea sin más verdaderos derechos: es más bien el ámbito de lo no-jurídico, en donde por razones de humanidad es preferible dejar libertad a cada cual. De hecho, cuando un sector de la vida humana se normativiza mucho, la gente se siente crispada, y las cosas funcionan peor. Este ámbito no jurídico es también un ámbito de libertad: hay que poner límites al Derecho, y no sólo en el sentido en que suele decir esto Alvaro d'Ors. Carbonnier nos previene: "Los juristas dogmáticos piensan que todo es derecho, que el derecho tiene vocación para estar en todas partes, para envolverlo todo y para sostener, como un dios, todo el universo habitado. Hay en el derecho dogmático, a la vez, un ideal y un postulado de panjurismo"<sup>60</sup>.

59. Vid. *Sobre el concepto de derecho humano*, en "Doxa" 4 (1987) pág. 24.

60. *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, trad. de L. Díez-Picazo. Madrid 1974, pág. 33.

Si superamos estas dificultades, el derecho subjetivo existe como una categoría jurídica nítida. Todos los hombres poseen unos ámbitos de actuación en los que en principio pueden actuar con plena libertad porque no han de dar cuenta a nadie de su actuación. Digo "en principio" para prevenir la ilusión del mito del derecho absoluto: ningún derecho es absoluto porque nadie puede hacer con su televisor "lo que quiera": si el volumen del aparato es demasiado alto se quejarán con razón los vecinos. El uso de los derechos subjetivos encuentra un límite típico para ellos: no molestar o no interferir en la vida de los demás. En esta dimensión de lo jurídico sí es lícita la "esfera de libertad" de que hablaban los kantianos: y una esfera, como todo cuerpo geométrico, está limitada por la ubicuidad.

Como observamos, se trata en cierto modo de una libertad negativa. En un primer momento, es negativa porque el sujeto no posee normalmente o frecuentemente un título definido para hacer lo que tiene derecho a hacer: ni en la Constitución ni en otras leyes que yo conozca se dice algo así como que "todos los españoles tienen derecho a usar sombrero". En un segundo momento, también parece negativa porque con mucha frecuencia se trata de una libertad residual: el Derecho recorta esta libertad de arbitrio siempre que lo considera conveniente para el bien público. Así, mientras que antiguamente se podía fumar en todos los lugares en los que no estuviera expresamente prohibido, hoy la situación para los fumadores es casi la inversa.

Los derechos subjetivos han inspirado fuertes recelos a lo largo de los dos últimos siglos: la exageración de la Modernidad, que redujo toda manifestación del Derecho primariamente a derechos subjetivos, ha conducido por motivos pendulares a la actitud opuesta. Así, Augusto Comte captó a su modo el carácter normal de "oficio" de los derechos y, en plena reacción contra la Moder-

nidad, sustituyó la noción de derecho por la de "función"<sup>61</sup>. En general, los "institucionalistas" del tipo de Duguit o Romano también fueron reacios a admitir la existencia misma de esta realidad. Las filosofías totalitaristas de todo tipo los han negado, por supuesto, y ahí están Karl Larenz y Julius Binder. Hoy, cuando hay un cierto renacimiento de una concepción de la jurisprudencia de naturaleza prudencial (como la que yo sostengo), algunos también los niegan porque no conciben un derecho al margen del *officium*<sup>62</sup>.

Bien está denunciar los abusos, pero es preciso precaverse de irritaciones que enturbien la mirada. Es más realista Jesús Ballesteros cuando escribe que "este ámbito de libertad ha sido designado por I. Berlin... como 'libertad negativa', en cuanto su característica fundamental estribaría en la exclusión de toda injerencia ajena. Parece que sería mejor calificarla como 'libertad reservada' o 'exclusiva', por cuanto puede implicar una importante actividad por parte del sujeto de la misma"<sup>63</sup>. Efectivamente, el arbitrio es una gran cosa: todos nos encontramos incómodos cuando se nos reglamenta demasiado nuestra vida. Y la normativización creciente que hace el Estado intervencionista de prácticamente todas las esferas de la vida humana degrada la calidad de vida. Por lo que se refiere a la libertad del arbitrio, tan generosamente recortada por los poderes públicos contemporáneos, creo que la única actitud humanista es la de mantener que tal libertad únicamente puede ser recortada cuando esa disminución concreta sea necesaria para aumentar la libertad.

Sucede que el arbitrio de uno de esos bienes que podemos llamar "bienes constantes", porque se exigen siempre y en todas

61. Esta idea aparece intermitentemente, y no siempre de forma muy clara, en los tres últimos volúmenes de su obra. Vid. la edición de París de 1839. Concreta algo más en el capítulo 48 del vol. IV.

62. Vid., por ejemplo, a Schouppé, "La concepción realista del derecho", en *Persona y Derecho* 11 (1984), págs. 623-625.

63. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid 1989, pág. 55.

partes. La comodidad, la limpieza, la no-discriminación, la rapidez son, por ejemplo, bienes constantes, tan válidos en un Banco, como en una empresa de construcción, como en la Administración pública.

La constancia de estos bienes ha contribuído poderosamente a fortalecer la ideología de los derechos, en el marco de una cierta mentalidad juricista: en muchos organismos existen comisiones para la no-discriminación por motivos raciales, por ejemplo, como sucede allí donde conviven diversas etnias, como en los EE.UU. Es lógico que el trabajador esté preocupado porque no se le discrimine, por no trabajar en condiciones de higiene, etc. poco humanas. Por este motivo, toda persona entra en un organismo con la idea de que debe defender "sus derechos". Esto es cierto: pero estos bienes constantes que dan fundamento para exigir ciertos derechos normalmente no se relacionan con el núcleo de la actividad que se está realizando, que sí es la que proporciona de forma positiva y más o menos medida la competencia a la que realmente se tiene derecho. Es decir, un profesor de Universidad puede exigir limpieza, no-discriminación, etc. Pero sus derechos o competencias *como* profesor de universidad se mueven al margen de estos bienes constantes, porque surgen desde la naturaleza social de la actividad que se está realizando. Y entonces se produce la paradoja de que la naturaleza de la actividad que se realiza recorta y concreta el alcance de los derechos a estos bienes constantes: un bancario puede exigir mucha mayor limpieza que un minero, y un funcionario del Ministerio de Hacienda puede hacer valer su derecho a la no-discriminación en mucha mayor medida que un militar: el Estado Mayor sirio no puede ser tan estulto como para admitir en su academia de oficiales a personas pro sionistas.